

**Ist der Gewahrsam ein Rechtsgut
des § 242 StGB ?**

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

LOTHAR OSTHEIMER
Gerichtsreferendar aus Frankfurt a. Main

1966

**Ist der Gewahrsam ein Rechtsgut
des § 242 StGB ?**

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

LOTHAR OSTHEIMER
Gerichtsreferendar aus Frankfurt a. Main

1966



Erstgutachter: Prof. Dr. Claß

Zweitgutachter: Prof. Dr. Geerds

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 1966

Meinen lieben Eltern in
Dankbarkeit zgedacht



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546410_0034

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

I. Das Problem.....	11
---------------------	----

II. Der Stand der Meinungen

A. Darstellung der Meinungen, die im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB sehen

a). Die Literatur

1). Die Auffassungen von Welzel, Gerland, Frank (18.A.) und Schmidt.....	14
2). Die Auffassung von Klebs.....	15
3). Die Auffassung von Allfeld-Meyer.....	15
4). Die Auffassungen Benders und des Leipziger Kommentars.....	15
5). Die Auffassungen von Frank (14. A.) und Prühß.....	16
6). Die Auffassung Roterings.....	16

b). Die Rechtsprechung

1). Die Auffassung des Reichsgerichts.....	17
2). Die Auffassung des Bundesgerichtshofes.....	17

B. Darstellung der Meinungen, die im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB nicht sehen

1). Die Auffassungen von Schönke-Schröder und Dochow.....	18
2). Die Auffassung Hellmuth Mayers..	19
3). Die Auffassung v. Ruhstrats.....	19
4). Die Auffassung Merckels.....	19

III. Die eigene Auffassung.....	20
---------------------------------	----

A. Der Begriff des Rechtsgutes

1).	Das Verbrechen als Rechtsgutsverletzung.....	22
2).	Das Rechtsgut als Interesse, Gut oder Zustand?.....	22
3).	Einzel- und Gesamtinteresse als Gegenstand des Strafrechtsschutzes.....	25
4).	Das Rechtsgut - ein Wertbegriff.....	26
5).	Die Ablehnung des sog. methodischen Rechtsgutsbegriffes...	29
6).	Rechtsgut und Tatobjekt.....	32
7).	Die Ermittlung des Rechtsgutes.....	33

B. Der Begriff des Gewahrsams i.S. des § 242 StGB

1).	Vorbemerkungen.....	34
2).	Die Bestimmung des Gewahrsamsbegriffes von seiner Aufgabe her.....	36
3).	Das Merkmal der tatsächlichen Herrschaft.....	37
4).	Das Merkmal des Herrschaftswillens.....	40
5).	Das Verhältnis von Besitz und Gewahrsam.....	44
6).	Gewahrsam und dingliches Recht	45
7).	Gewahrsam und Rechtslage.....	46

C. Die Frage nach der Rechtsgutsqualität des Gewahrsams

1).	Der Gewahrsam als Individualrechtsgut.....	49
2).	Die an die Gewahrsamsverhältnisse anknüpfende Friedensordnung als Rechtsgut der Allgemeinheit.....	54

D. Die Funktion des Gewahrsamsbegriffes im Rahmen der §§ 242 und 246 StGB.....

Zweiter Teil

I.	Vorbemerkungen.....	65
----	---------------------	----

II. Die Auswirkungen der hier vertretenen Meinung auf die Fragen, ob dem Gewahrsamsinhaber als solchem ein Notwehrrecht zusteht und wie ein der Wegnahme-handlung zustimmender Wille des Gewahrsamsinhabers rechtlich zu beurteilen ist.....	66
--	----

III. Die Auswirkungen der hier vertretenen Auffassung auf die Frage, wer als der durch den Diebstahl Verletzte anzusehen ist

1). Vorbemerkungen.....	70
2). bei § 247 StGB.....	74
3). bei § 22 Ziff 1-3 StPO.....	78
4). bei § 61 II StPO.....	79
5). bei § 172 StPO.....	80
6). bei § 48 II JGG.....	82
7). bei § 403 StPO.....	83
8). bei § 111 StPO.....	84

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- Allfeld-Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8.A. 1922
Erlangen-Leipzig
- v.Bar, Über die rechtliche Natur des Strafantrages des Verletzten bei den sog. Antragsdelikten in:
Goldtamers Archiv 19. Band S. 635ff
- Bauer, Zum Begriff des Verletzten in der Strafprozeßordnung
in: Juristenzeitung 1953 S. 298ff
- Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen in: Iherings Jahrbücher
34 S. 1ff
- Bender, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz
(Gewahrsam) haben? 1908 Karlsruhe
- Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeß-
rechts 1900 Breslau
- Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 10.A. 1879 Leipzig
- Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Beson-
derer Teil 1. Band 1902 Leipzig
- Binding, Die Normen und ihre Übertretung 1872 Leipzig
- Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung zum
Begriff des Verbrechens in: Archiv des Kriminal-
rechts Neue Folge 1834
- Claß, Die Verwirklichung des Rechtsstaates im Strafrecht in:
Jahrbuch der Johann Wolfgang Goethe-Universität
1964 S. 29ff
- Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie 1950 Berlin
- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Kommentar zum Strafrecht und Straf-
verfahrensrecht 37.A. 1961 Berlin
- Dochow, Die Antragsdelikte im Reichsstrafrecht in: Holtzen-
dorffs Handbuch Band 4
- Doerr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf ver-
mögensrechtliche Interessen 1897 Breslau
- Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht 2.A. 1925 Berlin
- Dreyfus, Die Rückgabe der in staatlicher Verwahrung befind-
lichen Gegenstände an den Verletzten in: Zeit-
schrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
36 S. 6off
- Eckhardt, Controversen in der Lehre vom Diebstahl 1899
Würzburg
- Enneccerus-Kipp-Wolff-Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
III. Band Sachenrecht 10.A. 1957 Tübingen

- Erbs, Handkommentar zur Strafprozeßordnung 1950 Frankfurt/M - Bonn
- Erbs-Kolhaas, Strafrechtliche Nebengesetze München - Berlin
- Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts 13.A.
- Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18.A. 1931 Tübingen
- Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht in Goltdammers Archiv 54, 262ff
- Gerland, Der deutsche Strafprozeß 1927 Mannheim - Berlin - Leipzig
- Gerland, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafrechts 2.A. 1932 Berlin - Leipzig
- Gerland, Die Geldfälschungsdelikte des Deutschen Strafgesetzbuches in: Der Gerichtssaal 59 S. 81ff
- Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht 1885 München
- Goldschmidt, Aus der Lehre vom Diebstahl in: Goltdammers Archiv 47 S. 348ff
- Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft 1930 Tübingen in: Festgabe für Frank I S. 1ff
- Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht 1884 Bonn
- Hälschner, System des Preußischen Strafrechts II. Teil 1868 Bonn
- Heck, Grundriß des Sachenrechts 1930 Tübingen
- Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts I. 1880 Hamburg
- v.Hippel, Deutsches Strafrecht I. Allgemeine Grundlagen 1925 Berlin
- Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den einzelnen 1910 Breslau in: Strafrechtliche Abhandlungen 113
- Honig, Die Einwilligung des Verletzten 1919 Mannheim - Berlin - Leipzig
- Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung 1884
- Kessler, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht? in: Der Gerichtssaal 39, S. 94ff
- Klebs, Zur Lehre von den sog. Antragsverbrechen und -vergehen in: Goltdammers Archiv 19 S. 569ff
- Kleinknecht-Müller, Kommentar zur Strafprozeßordnung 4.A. 1958 Darmstadt
- Kohlrausch-Lange, Kommentar zum Strafgesetzbuch 43.A. 1961

Berlin

- Ledschbor, Die Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände 1931
Leipziger Kommentar, II. Band 8.A. 1958 Berlin
- v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 26.A.
1932 Berlin - Leipzig
- v.Liszt, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der
Encyclopädie der Rechtswissenschaft in: Zeitschrift
für die gesamte Strafrechtswissenschaft 8 S. 133ff
- Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht
1885
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsver-
fassungsgesetz 21.A. 1963 Berlin
- Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz 1964 München - Berlin
- Maurach, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil 4.A. 1964
- Hellmuth Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil 1953 Stuttgart -
Köln
- Hellmuth Mayer, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 26.7.1957 (BGH
10,400) in: Juristenzeitung 1958 S. 284ff
- Hellmuth Mayer, Zum Begriff der Wegnahme in: JZ 1962 S. 617ff
- Max Ernst Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Straf-
rechts 2.A. 1923 Heidelberg
- Merkel, Diebstahl und Unterschlagung in: Holtzendorffs Hand-
buch 3 S. 619ff
- Mezger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1949 München -
Berlin
- Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch II 7.A. 1960 München -
Berlin
- Micelli, Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht 1906 Breslau
in: Strafrechtliche Abhandlungen 72
- Mühlmann-Bommel, Kommentar zum Strafgesetzbuch 1949 Straubing
- Niethammer, Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts
1950 Tübingen
- Ötker, Rechtsgüterschutz und Strafe in: Zeitschrift für die
gesamte Strafrechtswissenschaft 17 S. 493ff
- Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch 12.A. 1942 Berlin
- Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 4.A.
1874 Berlin
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 24.A. 1965 München - Berlin
- Peters, Strafprozeß Ein Lehrbuch 1952 Karlsruhe
- Prüß, Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl 1902 Freiburg
- v.Rathenau, Die Stellung des Begriffes "fortgesetztes Verbre-
chen" im System des deutschen Rechts und seine Gel-
tung nach dem deutschen Strafrecht in: Der

Gerichtssaal 56 S. 81ff

- Reber, Die Antragsdelikte des deutschen Strafrechts 1873
München
- Redslob, Der zivilrechtliche Besitz und der strafrechtliche
Gewahrsam in: Zeitschrift für die gesamte Straf-
rechtswissenschaft 30 S. 203ff
- Römpler, Der Begriff des Gewahrsams in Zivil- und Strafrecht
1894 Göttingen
- Rotering, Inkongruenz des zivil- und strafrechtlichen Besitzes
in: Hirths Annalen 1905 S. 295
- Rotering, Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 des Strafrecht-
setzungsbuches in: Der Gerichtssaal 35 S. 351ff
- Rüdorff, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich
2.A. 1877
- v.Ruhstrat, Bemerkungen zum Strafgesetzbuch in: Der Gerichts-
saal 24 S. 128ff
- Sauer, System des Strafrechts Besonderer Teil 1954 Köln -
Berlin
- Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffes
"Rechtsgut" in: Basler Studien zur Rechtswissen-
schaft, Heft 62 1962 Basel
- Richard Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts 1925
Leipzig
- Eb.Schmidt, Lehrkommentar zu Strafprozeßordnung und zum Ge-
richtsverfassungsgesetz II. Teil 1957 Göttingen
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch 12.A. 1965 München - Berlin
- Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 2.A. 1874 Leipzig
- Schwarz-Dreher, Kommentar zum Strafgesetzbuch 27.A. 1965
München - Berlin
- Schwarz-Kleinknecht, Kommentar zur Strafprozeßordnung 25.A.
1966 München - Berlin
- Schwarze, Einige Bemerkungen über den Strafantrag des Verletz-
ten in: Der Gerichtssaal 25 S. 169ff
- Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht 1930
Bonn
- Siebert, Der strafrechtliche Besitzbegriff, besonders in der
Rechtsprechung des Reichsgerichtes 1928 Breslau
- Soltmann, Der Gewahrsamsbegriff in § 242 des Strafgesetzbuch-
es 1934 in: Strafrechtliche Abhandlungen. 341
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III. Band
10.A. 1935 München - Berlin - Leipzig
- v.Thur, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
1910 Leipzig
- Wach, Die Normen und ihre Übertretung Eine Besprechung in:

Der Gerichtssaal 25,436

Welzel, Das Deutsche Strafrecht 9.A. 1965 Berlin

Welzel, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbst-
bedienungsläden in: Goltdammers Archiv 1960 S.
257ff

Wer ist der Verletzte beim Diebstahl einer Sache, die sich zur
Zeit der Wegnahme nicht im Gewahrsam des Eigentümers
befunden hat? Zwei Gutachten unbenannter Verfasser
nebst Urteil des Preußischen Obertribunals vom 30.
April 1877 in: Goltdammers Archiv 25 S. 177ff

Wulffen, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1906

Zuckermann, Die Entwicklung des Gewahrsamsbegriffes im Straf-
recht und seine Abgrenzung vom zivilrechtlichen Be-
sitzbegriff 1931 Köln

Erster Teil

I. Das Problem

Umstritten ist die Frage, welche Rechtsgüter durch die Vorschrift des § 242 StGB geschützt werden. Es entspricht der herrschenden Meinung, jedenfalls das Eigentum als durch die Vorschrift des § 242 StGB geschützt anzusehen. (1) Ob darüber hinaus auch der Gewahrsam ein Rechtsgut dieser gesetzlichen Bestimmung ist, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein. Die Fragestellung lautet also: Ist neben dem Eigentum auch der Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB?

Die Frage nach der Rechtsgutsqualität des Gewahrsams ist ebenfalls im Rahmen anderer Strafvorschriften, die in naher Verwandtschaft zu § 242 StGB stehen oder den Diebstahlstatbestand mitumfassen, von Bedeutung und die mit dieser Arbeit gewonnenen Ergebnisse sind entsprechend auf diese Vorschriften zu übertragen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an die

(1) Vgl. z.B. Frank § 247 I; Mezger, Studienbuch II 123; Schönke-Schröder § 242 I; Gerland, Lehrbuch des Strafrechts 568; Jagusch in Leipziger Kommentar § 242 I; Allfeld-Meyer 442; Geyer 44; Niethammer 226; Binding, Lehrbuch 242. Auch v.Liszt-Schmidt sehen - was in der Literatur zum Teil jedoch unrichtig dargestellt wird (vgl. z.B. Kohlrausch-Lange, Vorb. zu § 242 I) - im Eigentum ein Rechtsgut des § 242 StGB. Die Verkenennung der Auffassung v.Liszt-Schmidts beruht auf dem Umstand, daß nach ihnen ausschließlich der Gewahrsamsinhaber als der durch den Diebstahl Verletzte in Frage kommen soll. (Vgl. v.Liszt-Schmidt 620) Nicht im Eigentum, sondern nur im Gewahrsam sehen lediglich Mühlmann-Bommel das Rechtsgut des § 242 StGB.

Notentwendung gemäß § 248 a StGB, den unbefugten Gebrauch von Fahrzeugen gemäß § 248 b StGB - soweit mit der Ingebrauchnahme ein Gewahrsamsbruch verbunden ist -, den Raub (§§ 249ff StGB) und den sog. "Mundraub" gemäß § 370 Ziff. 5 StGB. Der Begriff Gewahrsam ist zwar in allen diesen Bestimmungen ebenso wie in § 242 StGB selbst nicht ausdrücklich genannt; die Auslegung der Begriffe Wegnehmen oder Entwenden ergibt jedoch, daß darunter Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams zu verstehen ist.

Bei einem ersten Blick auf das in dieser Arbeit behandelte Thema mag der Anschein entstehen, daß die Frage nach dem Rechtsgut des § 242 StGB rein akademischer Natur und ohne Bedeutung für die praktische Anwendung des Gesetzes sei. Zwei an den Anfang gestellte Beispiele mögen zeigen, wie unrichtig diese Auffassung ist.

Gemäß § 48 II Satz 1 JGG ist dem durch den Diebstahl Verletzten im grundsätzlich nicht öffentlichen Strafverfahren gegen Jugendliche die Anwesenheit in der Hauptverhandlung gestattet. Sieht man den Gewahrsam als ein Rechtsgut und den Gewahrsamsinhaber als durch den Diebstahl verletzt an, so kommt man zu dem Ergebnis, daß jeder, aus dessen Gewahrsam die Sache entwendet wurde, zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung berechtigt ist. Folgt man dagegen der Ansicht, daß der Gewahrsam kein Rechtsgut ist, so spricht man dem durch die Tat betroffenen Gewahrsamsinhaber als solchem das Recht auf Zutritt zu der Hauptverhandlung ab.

Als weiteres Beispiel ist etwa an den Fall zu denken, daß ein Täter in einem Ladengeschäft einen sog. "Mundraub" begangen hat. Gemäß § 370 II StGB ist diese Tat Antragsdelikt. Zur Stellung des Strafantrages ist entsprechend § 65 StGB der Verletzte berechtigt. Der Ladeninhaber und Eigentümer der gestohlenen Sache ist jedoch aus persönlichen Gründen an einer Strafverfolgung nicht interessiert und stellt demzufolge auch keinen Strafantrag. Wie ist es, wenn nun der Geschäftsführer,

der den Gewahrsam an allen im Lokal befindlichen Waren hatte, im eigenen Namen Strafantrag stellt? Auch hier hängt die Entscheidung davon ab, ob der Gewahrsam als ein Rechtsgut anzusehen ist oder nicht.

Es zeigt sich danach, daß die hier aufgeworfene Frage bei der praktischen Gesetzesanwendung u.a. immer dort Bedeutung erlangt, wo der Begriff des Verletzten eine Rolle spielt. Das ist in erster Linie der Fall im Zusammenhang mit den Lehren von der Notwehr und der Einwilligung als Rechtfertigungsgründe. Darüber hinaus ist der Verletztenbegriff in einer Reihe von strafprozessualen Vorschriften von Bedeutung, so daß die Auswirkungen der verschiedenen Betrachtungsweisen auch auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechtes liegen. (1)

II. Der Stand der Meinungen

Zunächst soll ein Überblick über die Stimmen in Literatur und Rechtsprechung gegeben werden, die sich zu der aufgeworfenen Frage in zustimmendem oder ablehnendem Sinne äußern. Dabei wird sich zeigen, daß beide Auffassungen bisher im wesentlichen ohne überzeugende Begründung vorgetragen wurden. Die folgende Darstellung der Meinungen sieht von einer kritischen Stellungnahme im einzelnen ab; eine Würdigung der verschiedenen Auffassungen wird - soweit erforderlich - in späterem Zusammenhang von Fall zu Fall vorzunehmen sein.

A. Darstellung der Meinungen, die im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB sehen

a) Die Literatur

(1) Die sich aus der verschiedenen Beantwortung der gestellten Frage ergebenden praktischen Auswirkungen werden eingehend im zweiten Teil dieser Arbeit dargestellt.

- 1) Eine Reihe von Stimmen, die im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB sehen, lassen für ihre Auffassung eine eigentliche Begründung vermissen. Das ist etwa der Fall, wenn Welzel (1) ausführt, der Diebstahl richte sich nicht nur gegen die rechtliche Sachherrschaft, das Eigentum, sondern auch gegen die tatsächliche Sachherrschaft, den Gewahrsam. Gleiches gilt auch für die Ausführungen Franks, der in der 18. Auflage seines Kommentars (2) die Ansicht vertritt, der Eigentümer werde beim Diebstahl verletzt, weil ihn der Dieb aus seiner Stellung verdrängen wolle und zum Teil schon verdrängt habe, der Gewahrsamsinhaber werde verletzt, weil ihn der Dieb aus seiner Stellung tatsächlich verdränge.

Ebenfalls unter Verzicht auf eine eingehende Auseinandersetzung mit dem aufgeworfenen Problem führt Gerland (3) aus, das Gesetz wolle nicht nur die Eigentumsordnung schützen, sondern auch die Gewahrsamsverhältnisse der Sachinhaber, für die im allgemeinen die Vermutung spreche, daß sie zumeist mit den Eigentumsverhältnissen der Sachinhaber übereinstimmten oder sonst auf rechtlicher Grundlage beruhten. Gerland fährt fort: "Somit richtet sich der Diebstahl als Gewahrsamsbruch gleichfalls gegen die Gewahrsamsverhältnisse. Auch der Gewahrsamsinhaber wird enteignet und zwar so, daß er die tatsächliche Gewalt über die gestohlene Sache nicht mehr ausüben kann. Die Konsequenz, die sich hieraus ergibt, ist, daß man dem Dieb ebenfalls die gestohlene Sache stehlen kann." In die gleiche Richtung zielt die von Richard Schmidt (4) gegebene Begründung, beim Diebstahl werde außer dem Eigentum noch ein weiteres Rechtsgut, das "Haben der Sache", der Gewahrsam verletzt, "da der andere, dem weggenommen werde, nicht der Eigentümer sein müsse, sondern auch ein Detentor, ja ein unredlicher Besitzer oder sogar ein früherer Dieb sein könne".

(1) Das Deutsche Strafrecht 308

(2) § 247 Anm. I

(3) Deutsches Reichsstrafrecht 568

(4) Grundriß des deutschen Strafrechts 205

- 2) Klebs (1) begründet seine Auffassung, es handle sich beim Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB um ein Rechtsgut, damit, daß bei der Entwendung ein selbständiges Interesse des Inhabers bestehe. (2)
- 3) Eine andere, von Allfeld-Meyer (3) vertretene Auffassung, der sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (4), begründet die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams damit, daß der Gesetzgeber auf den Schutz des Gewahrsams besonderes Gewicht gelegt habe, denn sonst hätte es neben der Unterschlagung der Aufstellung des § 242 StGB nicht bedurft; die vom Gesetz angeordnete strengere Bestrafung des Diebstahls im Gegensatz zur Unterschlagung beruhe gerade auf der Mehrzahl der verletzten Rechtsgüter.
- 4) Bender (5) steht auf dem Standpunkt, die Unterschlagung werde gegenüber dem Diebstahl deshalb milder geahndet, weil der Diebstahl neben der Eigentumsverletzung zugleich mit dem Gewahrsamsangriff auch einen Eingriff in die Sphäre des Friedens enthalte. Auch nach der von Jagusch (6) vertretenen Ansicht ist der Gewahrsam ein Rechtsgut, dessen Erhaltung im Interesse der rechtlichen Friedensordnung liegt. Eine ähnliche Auffassung vertreten Kohlrausch-Lange (7), wenn sie ausführen, daß das Strafrecht in § 242 StGB nicht nur den materiellen Rechtswert, das Eigentum, sondern auch die im Gewahrsam verkörperte

(1) Zur Lehre von den sog. Antragsverbrechen und -vergehen in GA 19,572

(2) v.Bar (Über die rechtliche Natur des Strafantrages des Verletzten bei den sog. Antragsdelikten in GA 19,649) steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß der Gewahrsamsinhaber als solcher an der Erhaltung der Sache in keiner Weise interessiert sei und demzufolge auch nicht durch den Diebstahl verletzt werden könne.

(3) S. 442; das gleiche Argument findet sich auch bei Rotering, Über den Gewahrsam i.S. d. § 242 StGB in: GS 35,351, dessen Auffassung unten unter Ziffer 6 näher dargelegt wird.

(4) vgl. Urteil v. 26.7.1957 BGHSt 10,400; die Auffassung des BGH wird unten S.17f näher dargestellt.

(5) Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? 7,8

(6) Leipziger Kommentar 2. Bd Vorb. zu § 242

(7) Vorb. 1 zu § 242

Rechtsordnung schütze. Im Unterschied zu den bisher aufgezeigten Stimmen gehen diese Auffassungen davon aus, daß das "Rechtsgut Gewahrsam" nicht das Interesse des einzelnen am "Haben" der Sache zum Gegenstand hat, sondern das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung der rechtlichen Friedensordnung. (1)

- 5) Eine weitere Gruppe von Schriftstellern, die den Gewahrsam ebenfalls für ein Rechtsgut halten, stellt bei der Begründung ihrer Meinung darauf ab, daß durch den Gewahrsamsbruch in Rechte des Gewahrsamsinhabers eingegriffen werde. So hat etwa Frank in früheren Auflagen seines Kommentars (2) die Auffassung vertreten, der Gewahrsamsinhaber werde in den aus dem Gewahrsam als solchem folgenden Rechten verletzt. (3) Frühß (4) spricht geradezu von einem "Gewahrsamsrecht", das er als durch § 242 StGB geschütztes Rechtsgut ansieht.
- 6) Die Auffassung, es handle sich beim Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB um ein Rechtsgut, wird in der Literatur (5) auch damit begründet, daß hierfür eine praktische Notwendigkeit bestehe, da der Mensch nicht nur mit Sachen wirtschaften könne, die in seinem Eigentum stehen. "Wir kommen damit nicht aus, jede Einzelwirtschaft verlangt ein Mehreres. Nicht allein, daß wir so oft im Leben auf den Gebrauch und die Nutzung fremder Sachen angewiesen sind, wir sind auch durchaus nicht immer sicher, daß Sachen, die wir durch ein auf Eigentumsübertragung gerichtetes Geschäft erstehen, nun auch unser Eigentum werden." (6)
- b) Auch in der Rechtsprechung wird der Gewahrsam neben dem Eigentum als ein Rechtsgut des § 242 StGB angesehen.

(1) Vgl. die eingehende Auseinandersetzung mit dieser Auffassung unten S. 54ff
(2) Vgl. z.B. die 14.A. § 247 I
(3) Ähnlich auch RG 4, 346; vgl. unten S. 17
(4) Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl 16
(5) Vgl. Rotering, Über den Gewahrsam... in GS 35, 351
(6) Rotering a.a.O.

- 1) Das Reichsgericht hat sich mit der Frage, ob durch § 242 StGB auch der Gewahrsam geschützt wird, in einer Reihe von Entscheidungen befaßt. (1) Eine ausdrückliche Begründung seines Standpunktes hat es nur in zwei Urteilen gegeben. In der Entscheidung vom 1. Juli 1881 (2) kam es auf die Frage an, ob auch ein Vermieter, der beim Auszug seiner Mieterin wegen einer Mietforderung von seinem gesetzlichen Pfandrecht Gebrauch gemacht und eingebrachte Sachen der Mieterin an sich genommen hatte, dadurch in einem Rechtsgut verletzt worden war, daß der Sohn der Mieterin die mit dem Pfandrecht belasteten Sachen gestohlen hatte. Das Reichsgericht hat die Frage mit der Begründung bejaht, auch der Gewahrsamsinhaber werde durch den Diebstahl verletzt, "da ihm die Sachen selbst und damit die Möglichkeit der Ausübung derjenigen Rechte, welche unmittelbar aus der Tatsache des Gewahrsams entspringen", entzogen würden.

In einer weiteren Entscheidung (3) hat das Reichsgericht dargelegt, durch die rechtswidrige Zueignung fremder Sachen würden nicht allein die Interessen des Eigentümers verletzt, sondern möglicherweise auch anderweitige rechtliche Interessen. Ein solches Interesse, das durch den Diebstahl verletzt werden könne, bestehe zum Beispiel für den Frachtführer, "der zur Innehabung des Transportgutes berechtigt und für sein Abhandenkommen schadensersatzpflichtig" sei.

- 2) Der bisher einzigen Entscheidung, in der sich der Bundesgerichtshof mit der Frage der Rechtsgutsqualität des Gewahrsams auseinandergesetzt hat, lag der folgende Sachverhalt zugrunde (4): Während der Abwesenheit seiner Eltern entwendete der Sohn aus der der Obhut der Haushälterin überlassenen Wohnung verschiedene Gegenstände, die im Eigentum der Eltern standen. Da die Eltern einen Strafantrag gemäß § 247 I StGB nicht gestellt hatten, erhob sich die Frage, ob eine Bestrafung des Sohnes auch ohne Strafantrag in Betracht kam, da möglicherweise

(1) Vgl. RG 2,73; 4,346; 19,378; 54,282; 73,173

(2) RG 4,346

(3) RG 19,378,379

(4) BGHSt 10,400

das Rechtsgut eines Dritten, nämlich der Gewahrsam der Haushälterin, die zum Täter nicht in einem Angehörigenverhältnis stand, durch die Tat verletzt worden war. Der Bundesgerichtshof stellt seiner Entscheidung den Grundsatz voran, daß § 242 StGB nicht nur das Eigentum, sondern auch den Gewahrsam schütze. Daß beim Diebstahl eine Mehrzahl von Rechtsgütern verletzt werde, ergebe sich aus der gegenüber der Unterschlagung schärferen Strafdrohung. Dennoch soll nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes ein lediglich "untergeordneter Mitgewahrsam" der Haushälterin deren Verletzeneigenschaft nicht begründen können. Zu diesem Ergebnis gelangt der Bundesgerichtshof, indem er den an den Anfang seiner Entscheidung gestellten Grundsatz, § 242 StGB schütze auch den Gewahrsam, in nicht unerheblichem Ausmaß einschränkt und nur denjenigen Gewahrsam als Rechtsgut behandelt wissen will, bei dem dem Inhaber zugleich ein dingliches Recht an der Sache zusteht. (1)

B. Darstellung der Meinungen, die im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB nicht sehen

- 1) Schönke-Schröder, die zunächst (2) sowohl im Eigentum wie im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB gesehen haben, stehen heute (3) auf dem Standpunkt, der Gewahrsam als solcher genieße keinerlei Strafrechtsschutz, sondern stelle ein Merkmal dar, das zur Kennzeichnung der besonderen Intensität der Eigentumsverletzung beim Diebstahl diene. Eine nähere Begründung für diese Ansicht bleiben Schönke-Schröder allerdings schuldig. Dochow, der den gleichen Standpunkt vertritt (4), rechtfertigt seine Auffassung damit, der Dieb wolle nicht nur an die Stelle des Inhabers der Sache treten, sondern als Eigentümer über sie verfügen.

(1) Vgl. die kritische Stellungnahme zu dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes unten S. 77

(2) Bis zur 7. Auflage einschließlich

(3) 10. Auflage Anm. I zu § 242

(4) Antragsdelikte im Reichsstrafrecht HH 4,265

- 2) Hellmuth Mayer (1) sieht im Diebstahl einen Angriff auf das "im Gewahrsam kundbare Eigentum". Der Gewahrsam selbst dürfe nicht als selbstständiges Rechtsgut aufgefaßt werden. Nur diese Auffassung vermeide eine künstliche Konstruktion des Tatbestandes, die den wesentlichen Gehalt des strafbaren Angriffes zu einem subjektiven Unrechtselement, d.h. zu einem bloßen Internum mache.
- 3) v.Ruhstrat (2) begründet seine Auffassung, beim Gewahrsam handle es sich nicht um ein Rechtsgut, damit, daß man konsequenterweise auch den Eigentümer, der seine eigene Sache einem anderen aus dessen Gewahrsam wegnimmt, als Dieb behandeln müßte, falls das Wesen des Diebstahls in der Störung der körperlichen Beziehung eines Gegenstandes zu einer Person bestünde.
- 4) Merkel (3) sieht als bestohlen nur den Eigentümer an, "so gewiß der Diebstahl seinem Wesen nach in erster Linie durch die in ihm liegende Verletzung des Eigentums charakterisiert ist". "Fragen wir doch auch dort, wo es sich um die Anwendung des Diebstahlsbegriffes handelt, vor allem nach der Zustimmung oder Nichtzustimmung des Eigentümers zur Wegnahme und Zueignung der Sache." (4)

(1) Anm. zum BGH Urteil vom 26.7.1957 in JZ 58,284

(2) Bemerkungen zum StGB in GS 24,145

(3) Diebstahl und Unterschlagung in HH 3,712

(4) Vgl. im einzelnen zum Verhältnis zwischen Einwilligung und Rechtsgut und zur Frage der Einwilligung durch den Gewahrsamsinhaber unten S. 67ff

III. Die eigene Auffassung

Die vorstehend dargestellten Meinungen lassen eine überzeugende Argumentation in der einen oder anderen Richtung vermissen. Sie enthalten zum Teil einige richtige Ansatzpunkte, weisen jedoch einen befriedigenden Lösungsweg der angeschnittenen Frage im ganzen nicht auf. Die hier vertretene Meinung - um das Vorauszuschicken - geht davon aus, daß der Gewahrsam kein Rechtsgut des § 242 StGB darstellt. Die gegenteilige Auffassung vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil keine Gesichtspunkte erkennbar sind, aus denen sich die Notwendigkeit des Gewahrsamsschutzes ergeben könnte. Der Hinweis Roterings (1), im wirtschaftlichen Leben könne auf Gebrauch und Nutzung fremder Sachen nicht verzichtet werden, ist zwar - insbesondere im Hinblick auf die weite Verbreitung von Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum als Kreditsicherungsmittel - durchaus zutreffend; er rechtfertigt jedoch nicht, den Gewahrsamsschutz zu einer Forderung der praktischen Notwendigkeit zu erheben. Davon könnte allenfalls nur dann gesprochen werden, wenn eine andere Betrachtung einen Bereich der Strafflosigkeit zur Folge haben würde. Es verhält sich aber so, daß auch die Fälle, in denen eine vom Eigentümer einem Dritten zur Benutzung überlassene Sache weggenommen wird, von der Strafdrohung des § 242 StGB umfaßt werden. Auch das weitere Argument, das Roteriung zur Begründung der Notwendigkeit des Gewahrsamsschutzes anführt, daß nämlich nicht jedes auf Eigentumsübertragung gerichtete Geschäft wirksam sei und damit tatsächlich zu einer Eigentumsübertragung führe, vermag eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Ist die Übertragung des Eigentums im Einzelfall nicht wirksam, etwa weil die Verfügung gegen das Gesetz, die guten Sitten oder den Schutz des Minderjährigen verstößt, so besteht kein Anlaß, die von der Rechtsordnung

(1) Vgl. oben S. 16

nicht gebilligte Position des Erwerbers mit besonderem Strafrechtsschutz auszugestalten.

Fehlt es somit bereits an der praktischen Notwendigkeit für eine Betrachtung, die im § 242 StGB eine gewahrsamsschützende Vorschrift sieht, so bestehen darüber hinaus grundsätzliche Bedenken vom Begriff des Rechtsgutes her, die eine Einordnung des Gewahrsams in die Reihe der vom Strafrecht geschützten Güter verbieten. Im einzelnen soll im folgenden bei der Darstellung dieser Bedenken zunächst auf den Begriff des Rechtsgutes eingegangen werden; danach ist der Begriff des Gewahrsams darzulegen und der Gegensatz zum Begriff des bürgerlich-rechtlichen Besitzes herauszustellen. Im weiteren Verlauf wird zu zeigen sein, daß weder der Gewahrsam noch die Friedensordnung in Anknüpfung an die Gewahrsamsverhältnisse durch § 242 StGB strafrechtlichen Schutz gefunden haben kann. Schließlich soll aufgezeigt werden, welches die Funktion des Gewahrsamsbegriffes im Rahmen der §§ 242 und 246 StGB ist. Im zweiten Teil der Arbeit werden die praktischen Auswirkungen der hier vertretenen Ansicht dargelegt.

A. Der Begriff des Rechtsgutes

Um darüber entscheiden zu können, ob es sich beim Gewahrsam im Rahmen des § 242 StGB um ein Rechtsgut handelt oder nicht, ist zunächst der Begriff des Rechtsgutes selbst zu bestimmen. Es handelt sich dabei um den Versuch, eine Antwort auf die Frage nach dem Wesen des Delikts und damit zugleich dem materiellen Gehalt des Unrechts aufzuzeigen. Wegen der Vielschichtigkeit und Weite des zu beschreitenden Gebietes liegt es fern, für die nachfolgenden Darlegungen den Anspruch auf erschöpfende Behandlung aller Fragen im einzelnen zu erheben; es soll im Gegenteil das Ziel sein, in die Erörterung der im Zusammenhang mit dem Rechtsgutsbegriff sich ergebenden Fragen nur insoweit einzutreten, als die gestellte Aufgabe dies erfordert.

- 1) Als Ausgangspunkt ist von der Überlegung auszugehen, was als der Zweck des Strafrechts anzusehen ist. Die Antwort hierauf kann nur lauten, daß die Aufgabe des Strafrechts wie des gesamten Rechts überhaupt darin besteht, denjenigen Rechtsgütern Schutz zu verleihen, die für ein geordnetes Zusammenleben aller Mitglieder einer Gemeinschaft zum Wohle des einzelnen unverzichtbar sind. Entsprechend dieser Aufgabe wird das Delikt gekennzeichnet durch die Verletzung oder einen hohen Grad der Gefährdung von Rechtsgütern. (1) Die Auffassung, die demgegenüber das Verbrechen vornehmlich als Pflichtwidrigkeit begreift (2), beruht auf einer Verkennung der Aufgaben und auch der Mittel des Strafrechts. Nach ihr sollen durch das Strafrecht nicht in erster Linie vorgegebene, für den in der Gemeinschaft lebenden Menschen unentbehrliche Werte geschützt, sondern im Grunde die Reinerhaltung der Gesinnung der Staatsbürger angestrebt werden. Die Funktion des Strafrechts besteht daher nach dieser Auffassung nicht im Güterschutz, sondern in der Erziehung. (3)
- 2) Hat man das Rechtsgut als den zentralen Begriff für die Erfassung von Delikt und Unrecht erkannt, so stellt sich die Frage, wie der Rechtsgutsbegriff näher zu kennzeichnen ist. Es sind in dieser Hinsicht in der Literatur bereits erhebliche Anstrengungen unternommen worden (4); die bisher erzielten

-
- (1) Vgl. z.B. Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts 21; Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil 52; Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung zum Begriff des Verbrechens 175; v.Kippel, Deutsches Strafrecht 10
- (2) Sog. Kieler Schule; Dahm, Verbrechen und Tatbestand 1935; Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtwidrigkeit 1935
- (3) Auch Welzel, Das Deutsche Strafrecht S. 4ff, betont die sittenbildende Funktion als Aufgabe des Strafrechts, ohne allerdings den Rechtsgutsbegriff aufzugeben. Aufgabe des Strafrechts ist nach ihm der Schutz der elementaren sozial-ethischen Gesinnungs- (Handlungs-) werte und erst darin eingeschlossen der Schutz der einzelnen Rechtsgüter.
- (4) Vgl. zur Entwicklung der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsgutsbegriffes: Peter Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 62

Ergebnisse geben jedoch nicht ohne weiteres den Schlüssel zur Lösung der hier gestellten Aufgabe an die Hand. (1) In diesem Zusammenhang soll nicht näher auf die heute als unzutreffend erkannte und überwundene Auffassung Feuerbachs (2) eingegangen werden, nach der als Rechtsgüter nur subjektive Rechte in Betracht kommen. (3) Dagegen sind die übrigen in der Literatur vertretenen Auffassungen, die im Rechtsgut ein rechtlich geschütztes menschliches Interesse (4), ein rechtlich geschütztes Gut (5) oder vom Recht geschützte Zustände (6) sehen, einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen.

Die ange deuteten in der Literatur vertretenen Auffassungen stellen bei ihrem Bemühen um eine Rechtsgutsdefinition jeweils einseitig auf die verschiedenartigen Kategorien des Interesses, des Gutes und des Zustandes ab. Die logischen Verknüpfungen, die zwischen diesen Begriffen bestehen, in der Literatur jedoch weitgehend außer acht gelassen werden (7), lassen sich nicht unschwer erkennen. Unter dem Interesse eines Menschen versteht man im allgemeinen die menschliche Anteilnahme an einem Etwas. (8) Dasjenige woran der Mensch Anteil nimmt, das Objekt

-
- (1) Sina (S. 96) gelangt als Ergebnis seiner Dogmengeschichte zu der "erstaunlichen Tatsache, daß der Rechtsgutsbegriff in seiner fast einhundertdreißigjährigen Geschichte im wesentlichen ungeklärt geblieben ist".
 - (2) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts §§ 21-23 S. 388ff; vgl. in neuerer Zeit noch Loening, Grundriß, Vorwort S. IV
 - (3) Vgl. v.Hippel, Deutsches Strafrecht I S. 10
 - (4) Mezger, Lehrbuch des Strafrechts S. 199; v.Hippel S. 10; Kessler, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht? GS 39,94; v.Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft S. 133; Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts I S. 15
 - (5) Hälschner GS 1860,96ff; Birnbaum 149ff, 179; Binding, Normen I S. 353
 - (6) Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen S. 72; Gerland, Die Geldfälschungsdelikte des Deutschen StGB GS 59,100; Ötker, Rechtsgüterschutz und Strafe ZStW 17,494
 - (7) Vgl. etwa die Gleichsetzung der Begriffe Gut und Interesse bei M.E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts S. 21; v.Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes... S. 133; Honig, Die Einwilligung des Verletzten S. 74
 - (8) Vgl. Mezger, Lehrbuch S. 198

des Interesses, kann man abstrakt entweder als Gut oder auch als Zustand bezeichnen. Damit ist die Beziehung zwischen dem Begriff des Interesses einerseits und den Begriffen des Gutes oder Zustandes andererseits klargelegt.

Was das Verhältnis zwischen den Begriffen Gut und Zustand betrifft, so zeigt sich das folgende: Während die Begriffe Interesse und Gut Korrelatbegriffe in dem Sinne sind, daß der Begriff des Gutes den des Interesses zur Voraussetzung hat, wie umgekehrt die Entstehung eines Interesses durch ein Gut bedingt ist (1), ist eine derartige wechselbezügliche Verknüpfung zwischen den Begriffen Interesse und Zustand nicht gegeben. Das ist darauf zurückzuführen, daß der Begriff des Zustandes ontologischer Natur ist, wogegen im Begriff des Gutes eine Wertung enthalten ist. Was von Wert ist, daran besteht ein Interesse und umgekehrt besteht deshalb an etwas ein Interesse, weil es von Wert ist. Das gleiche gilt jedoch nicht allgemein für tatsächliche Zustände. Abgesehen davon, daß es sich beim Begriff des Zustandes um einen solchen ontologischer Natur, beim Begriff des Gutes um einen solchen mit normativem Einschlag handelt, bestehen in diesem Zusammenhang weitere wesentliche Unterschiede nicht; Zustand und Gut sind synonyme Ausdrücke für das Objekt des menschlichen Interesses.

Es stellt sich die Frage, welches der eigentliche Gegenstand des rechtlichen Schutzes ist: das menschliche Interesse selbst oder das Objekt des menschlichen Interesses, das Gut oder der Zustand. Unter dem Blickwinkel, daß die menschlichen Interessen ihrer Natur nach im Grunde nicht verletzbar sind, da sie nach jedem auf sie gerichteten Angriff weiter fortbestehen, vielleicht sogar nach dem Angriff in intensivierter Form fortbestehen, könnte man zu der Auffassung gelangen, daß es nicht die menschlichen Interessen selbst sind, die es zu schützen gilt, sondern die Güter oder Zustände, auf die sie gerichtet sind. Andererseits sind Zustände und Güter, die nicht Gegenstand menschlichen Interesses sind, als Objekte des rechtli-

(1) Honig, Die Einwilligung des Verletzten 74

chen Schutzes vom Begriff des Rechts her nicht denkbar, so daß es sich aus dieser Überlegung rechtfertigt, das auf die Erhaltung eines Gutes oder Zustandes gerichtete menschliche Interesse als das eigentliche Objekt des rechtlichen Schutzes anzusehen. (1)

- 3) Die Vielzahl der menschlichen Interessen läßt sich einteilen in Individual- und Sozialinteressen. Für die Erfassung des Rechtsgutsbegriffes erscheint es nicht ohne Bedeutung, welcher Art des Interesses als Verbrechenobjekt der Vorrang zukommt, dem Interesse des einzelnen oder dem der Gemeinschaft. Dabei handelt es sich um die alte Frage, was in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen ist, das Dasein des einzelnen oder des Ganzen. In Verkenntung der Aufgaben des Staates ist in der Vergangenheit der Satz geprägt worden, Gemeinnutz gehe vor Eigennutz. Aus der Tatsache, daß jede Verletzung eines Individualinteresses als Reflexwirkung zugleich eine gewisse Beeinträchtigung des Gesamtinteresses zur Folge hat, glaubte man herleiten zu müssen, daß es in erster Linie das Ganze sei, das es zu schützen gelte.

Man hat demgegenüber außer acht gelassen, daß die Gemeinschaft nicht Selbstzweck ist, sondern der Zusammenschluß aller nur das Mittel zu dem Zweck darstellt, das Wohlergehen eines jeden einzelnen Mitgliedes zu gewährleisten. Zwar kann der Gesetzgeber den einzelnen nur als Mitglied des Ganzen ins Auge fassen; das ist bedingt durch die Aufgabe des Rechts, die in der Regelung des Zusammenlebens aller besteht. Recht ist nur in der Gemeinschaft möglich und überhaupt erforderlich; der einzelne Mensch außerhalb einer Gemeinschaft bedarf keiner Rechtsätze. Es wäre jedoch verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, daß die Gemeinschaft alleiniger Zweck des Rechtes sei. Der Staat hat in erster Linie die Aufgabe, die Interessen des ein-

(1) Im Ergebnis ebenso: Mezger, Lehrbuch des Strafrechts S. 199; v. Hippel S. 10; Kessler, GS 39 S. 94; v. Liszt S. 133; Hertz S. 15; Sina (S. 101) gelangt aufgrund seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, daß auch die Dogmengeschichte auf den Beziehungscharakter des Rechtsgutes hinweise. Auf das Bezugsverhältnis zwischen den menschlichen Interessen und ihren Objekten wird unten S. 26ff weiter eingegangen.

zeln im Rahmen der Sozialverträglichkeit zu schützen. Es läßt sich daher der Grundsatz aufstellen, daß die Rechtsgüter Individualrechtsgüter sind. Nur dort, wo die Bedrohung eines menschlichen Interesses überwiegend die Gesamtheit aller Mitglieder der Gemeinschaft betrifft, muß von einem Rechtsgut der Allgemeinheit gesprochen werden. Das ist dann der Fall, wenn über das generelle Interesse an der Unversehrtheit der Rechtsordnung hinaus, das zugleich durch jedes Delikt berührt wird, ein unmittelbar für alle Bürger in gleicher Weise bestehendes Interesse verletzt wird, wie beispielsweise das Interesse an der Rechtssicherheit oder das Interesse am äußeren und inneren Bestand des Staates.

- 4) Mit der Kennzeichnung des Rechtsgutes als eines menschlichen Interesses ist nur eine äußerliche Beschreibung des Verbrechensobjektes gegeben, ohne daß damit schon in eine Wertung eingetreten ist. Eigentliche Erkenntnisse im Hinblick auf die Frage, ob der Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB ist, lassen sich jedoch erst gewinnen, wenn man Art und Inhalt der durch das Strafrecht schützbaren Interessen erkannt hat. Daß nicht ein jedes menschliche Interesse als Rechtsgut in Frage kommen kann, ergibt sich daraus, daß es eine ganze Skala von verschiedenartigen Interessen gibt. Diese reicht vom selbstsüchtigen und sozialschädlichen (1) über das neutrale bis zum altruistisch motivierten Interesse. Daraus, daß dem Recht die Funktion zukommt, das Zusammenleben aller Menschen in einer Gemeinschaft möglichst reibungslos zu gewährleisten, ist herzu-
zuleiten, daß von ihm Kräfte, die diesem Ziel abträglich sind, zurückgedrängt werden müssen, d.h. also sozialschädliche oder überwiegend sozialschädliche Interessen nicht als Objekte des Schutzes anerkannt werden können. (2)

-
- (1) Auch der Dieb hat zum Beispiel ein Interesse am Erlangen und Behalten der Beute.
(2) Wenn das Gesetz an den rein ontologischen Begriff des Interesses eine Regelung anknüpft, nimmt es daher zu Recht eine Einschränkung auf das "berechtigte Interesse" (§ 193 StGB) oder das "rechtliche Interesse" (§ 256 ZPO) vor.

Unterzieht man das Zusammenleben von Menschen in einer Gemeinschaft einer Betrachtung, so zeigt sich, daß jeder Mensch bei der Verfolgung der ihm seiner Natur nach eingegebenen Interessen mit den Interessen seiner Mitmenschen in Kollision gerät. Der Satz, der davon spricht, daß ein Mensch dem anderen als Wolf gegenübertrete, findet seine Erklärung in diesem wechselseitigen Interessengegensatz und ist - in diesem Sinne verstanden - daher durchaus zutreffend. Eine Gemeinschaft, die sich nicht selbst aufgeben will, kann es unter keinen Umständen hinnehmen, daß jeder Mensch ein jegliches Bedürfnis befriedigt. Jedes Mitglied einer Gemeinschaft muß nicht zuletzt schon im eigenen Interesse bestrebt sein, gewisse, durch menschliche Handlungen hervorgerufene Erfolge möglichst zu verhindern. Aus dieser Überlegung ergibt sich die Grundregel für alles menschliche Zusammenleben, die man etwa formulieren könnte: jede Verletzung eines eigenen Interesses, die man durch die Handlung eines dritten nicht zu erleiden wünsche, möge man auch gegenüber jedem Mitmenschen vermeiden.

Dieser in der Überzeugung der Gesamtheit der Mitglieder einer Gemeinschaft lebendige Satz führt dazu, daß innerhalb einer Gemeinschaft die Verfolgung gewisser Interessen wegen der mit ihnen verbundenen schädlichen Folgen für einzelne Mitglieder der Gemeinschaft allgemein mißbilligt wird. Die Auslese zwischen schädlichen und nicht schädlichen Erfolgen, zwischen billigen und nicht billigen Interessen führt zu einer Bildung von Werten. Dieser Prozeß der Wertbildung erfolgt im sozialen, vorgesetzlichen Raum. Auch eine Gemeinschaft, die Gesetze nicht kennt, kennt dennoch Werte. Jenseits der Welt der Tatsachen besteht so eine Welt der Werte. Aus dieser ist die Richtschnur für das menschliche Verhalten im Einzelfall abzuleiten. Den Werten und ihrer Rangfolge ist zu entnehmen, ob ein bestimmtes menschliches Interesse in bestimmter Weise verfolgt werden darf oder nicht. (1) Als Rechts-

(1) Der Bereich der dem positiven Gesetz vorgelagerten Wertwelt ist auch der Standort der Normen im Sinne Bindings. (Binding, Die Normen und ihre Übertretung I S. 54ff) Nach der Auffassung Bindings kommen als Folge der Wertanerkennung

gut kann daher nicht schlechthin jedes menschliche Interesse in Frage kommen, sondern nur ein mit den allgemein anerkannten Werten im Einklang stehendes Interesse. Diese Erkenntnis von der Wertbezogenheit des Rechtsgutsbegriffes findet Ausdruck in der Formulierung Welzels, das Rechtsgut sei ein Lebensgut des einzelnen oder der Allgemeinheit, das wegen seiner sozialen Bedeutung rechtlich geschützt werde. (1) Das gleiche trifft zu für die von Binding (2) gegebene Begriffsbestimmung, nach der Rechtsgut alles dasjenige ist, was in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist. (3)

Hat man erkannt, daß nur an einem vorgegebenen Wert orientierte und damit schutzwürdige menschliche Interessen als Rechtsgüter in Betracht kommen können, so darf man nicht in den Fehler verfallen, daß sämtliche wertbezogenen menschliche Interessen in ihrem ganzen Umfang nun auch durch Vorschriften des geltenden Rechts geschützt würden. Für den Strafgesetzgeber besteht weder eine logische noch eine rechtspolitische Notwendigkeit, alle auf die Erhaltung der Werte einer Gemeinschaft gerichteten Interessen in den Schutz des Rechts einzubeziehen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bei der Auswahl der wertbezogenen Interessen, die er mit dem Schutz des Strafrechts ausstatten will, einen gewissen Spielraum besitzt, in dem er seinerseits eine erneute Wertung vorzunehmen hat. Die Aufgabe des Gesetzgebers kann also schlagwortartig

Gebots- und Verbotsnormen zur Entstehung, die als ungeschriebene, dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehörige Rechtsnormen anzusehen sind. Die Existenz solcher dem Strafrecht vorgelagerter Rechtsnormen ist indessen nicht unbestritten; vgl. z.B. Wach, Die Normen und ihre Übertretung, Eine Besprechung in GS 25 S. 436; ferner Allfeld-Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 72 mit weiteren Nachweisen.

(1) Das Deutsche Strafrecht S. 4

(2) Normen S. 353

(3) Vgl. auch Hirschberg S. 72: "Das Schutzobjekt ist demnach der für sozial wertvoll erachtete, daher vom Recht geschützte Zustand." Ebenso Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts S. 69

gekennzeichnet werden als Sanktionierung einer Auslese von schutzwürdigen Interessen, nicht dagegen als Sanktionierung aller schutzwürdigen Interessen.

Gesichtspunkte für den gesetzgeberischen Wertungsakt sind die Schutzfähigkeit und die Schutzbedürftigkeit der auf die Erhaltung eines Wertes gerichteten Interessen. Kann ein solches Interesse durch die Sanktionen des Strafrechts nicht auch nur annähernd wirksam geschützt werden (1), so hat seine Ausstattung mit Rechtsschutz zu unterbleiben. Ein nicht zu verwirklichender Schutz ist in diesem Falle weniger als überhaupt kein Schutz, da die Einbeziehung von durch das Mittel der Strafe nicht schützbaaren Werten in den Bereich des Strafrechtsschutzes die Gefahr in sich birgt, das Strafrecht zu einer Proklamation fundamentaler, im übrigen jedoch nicht verbindlicher Verhaltensregeln zu stempeln. Im übrigen ist auch die Gleichheit vor dem Gesetz dort nicht mehr gewährleistet, wo die Zahl der verfolgten Delikte zur Zahl der verübten, aber nicht bekannt gewordenen unter Strafe gestellten Handlungen in einem groben Mißverhältnis steht. (2)

- 5) Das Ergebnis der bisherigen Überlegungen darüber, wie das menschliche Interesse als Objekt des Deliktes näher zu kennzeichnen ist, läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß es sich um ein auf die Erhaltung eines Wertes gerichtetes, d.h. wertbezogenes Interesse handeln muß. Die Notwendigkeit einer Bezugnahme auf vorgesetzliche Wertgesichtspunkte im Rahmen des Rechtsgutsbegriffes ist in der Literatur allerdings keineswegs allgemein erkannt. Die Anhänger des sog. methodischen Rechtsgutsbegriffes (3), die unter dem Rechtsgut einer straf-

(1) Das trifft im geltenden Strafrecht zum Beispiel für die Tatbestände der §§ 172, 175 und 218 StGB zu.

(2) Vgl. dazu Claß, Die Verwirklichung des Rechtsstaats im Strafrecht in: Jahrbuch der Johann Wolfgang Goethe-Universität 1964 S. 37

(3) Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft S. 8; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht S. 60

rechtlichen Vorschrift lediglich den vom Gesetzgeber anerkannten Zweck in seiner kürzesten Formel, die "Abbreviatur des gesetzlichen Zweckgedankens" verstehen, verzichten von ihrem Ausgangspunkt her völlig auf eine Orientierung des Rechtsgutsbegriffes an vorgegebenen sozialen Wertungen.

Faßt man den Rechtsgutsbegriff in dieser Weise auf, so entleert man ihn allerdings seines Inhalts. Die Bedeutung des Rechtsgutsbegriffes erschöpft sich keineswegs in der Ermöglichung der Zweckbestimmung der einzelnen Tatbestände, obwohl auch das im Interesse einer sachgerechten Auslegung der einzelnen Vorschrift eine nicht unbedeutende Aufgabe des Rechtsgutsbegriffes ist. Man hat sich vielmehr ständig zu vergegenwärtigen, daß die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern schlechthin das Wesen der Delikte darstellt. Erst dadurch, daß dem einzelnen Strafgesetz auch ein wertbezogenes Interesse zugrundeliegt, das wir als das Rechtsgut erkannt haben, erhält die Strafdrohung ihre Existenzberechtigung. Fehlt es im konkreten Fall an einem auf die Erhaltung eines Wertes gerichteten Interesse, so mangelt es dem Straftatbestand am Rechtsgut." (1)

- (1) Die Vorschrift erhält dadurch den Charakter eines Unrechtsgesetzes. (Vgl. dazu Claß, a.a.O. S. 37; insbesondere Fußnote 8) Daß Strafbestimmungen ohne Rechtsgut denkbar sind, ergibt sich aus der Überlegung, daß der Gesetzgeber von der Aufgabe des Strafrechts als Güterschutzrecht her bei der Schaffung von Straftatbeständen an die vorgegebenen Werte gebunden ist (vgl. dazu Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz Art. 1 Randnote 103; desgleichen v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I S. 4), diese Bindung jedoch vom Gesetzgeber in Verkennung der ihm gestellten Aufgabe generell geleugnet oder das Vorliegen eines Wertes im Einzelfall zu Unrecht bejaht werden kann. Daß es sich bei dem Phänomen Tatbestand ohne Rechtsgut nicht um eine rein theoretische Erscheinung handelt, läßt sich an einem Beispiel veranschaulichen: Gemäß § 10 IV des Opiumgesetzes vom 10. Dezember 1929 kann mit bis zu drei Jahren Gefängnis bestraft werden, wer Stoffe oder Zubereitungen als Opium oder andere Rauschmittel der in § 1 des Opiumgesetzes näher bezeichneten Art in Verkehr bringt, ohne daß es sich dabei um Opium oder dergleichen Rauschmittel handelt. Nach dieser Vorschrift macht sich zum Beispiel also derjenige strafbar, der einem anderen Zucker als Opium übergibt. Fragt man nach dem mit dieser Strafbestimmung geschützten wert-

Vom Standpunkt des sog. methodischen Rechtsgutsbegriffes aus ist demgegenüber mangels Bezugnahme auf Wertgesichtspunkte ein Strafgesetz ohne Rechtsgut nicht denkbar, da einer gesetzlichen Bestimmung bei formaler Betrachtung gleichwohl eine Ratio im Sinne einer wertfreien Zweckrichtung zukommen kann, auch wenn im konkreten Fall ein wertbezogenes und damit schutzwürdiges Interesse nicht vorliegt. Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen vom Rechtsgut besteht also darin, daß der sog. methodische Rechtsgutsbegriff allein vom positiven Strafgesetz ausgeht und die dem positiven Gesetz vorgelagerte Wertwelt nicht anerkennt, wogegen nach der hier vertretenen Meinung bei der Erfassung des Rechtsgutsbegriffes auf die vom Gesetzgeber nicht e r f u n d e n e n , sondern g e f u n d e n e n vorgegebenen Werte Rücksicht zu nehmen ist. Von der

bezogenen Interesse, so muß man feststellen, daß ein solches nicht vorhanden ist. Die menschliche Gesundheit scheidet als mögliches Rechtsgut aus, da die verbreiteten Stoffe keine Rauschmittel sind, infolgedessen durch sie eine Gesundheitsgefährdung nicht notwendigerweise eintreten muß. Auch das Vermögen kann nicht als das Rechtsgut in Frage kommen, da ihm durch die Vorschriften des Strafgesetzbuches bereits umfassender Schutz verliehen ist und im übrigen durch die Handlung eine Vermögensgefährdung oder ein Vermögensschaden nach der Fassung der Vorschrift nicht eingetreten sein muß. Es würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem überschreiten, wollte man hier näher auf die Frage eingehen, welche Konsequenzen sich im konkreten Fall für die Bestrafung des Täters daraus ergeben, daß dem von ihm verwirklichten Tatbestand ein Rechtsgut nicht zugrunde liegt. Keinesfalls kann die Auffassung Hirschbergs (Die Schutzobjekte der Verbrechen S. 35) im Ergebnis zutreffend sein, nach der Handlungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen, auch dann strafbar seien, wenn ein Rechtsgut weder gefährdet noch verletzt werde, da das Fehlen einer Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung keinen Schuld- oder Strafausschließungsgrund bilde. Man wird vielmehr davon ausgehen müssen, daß eine Handlung, die unter einen Tatbestand zu subsumieren ist, dem ein Rechtsgut nicht zugrunde liegt, mangels Rechtswidrigkeit nicht bestraft werden kann. Das ergibt sich aus der Überlegung, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung aus der Rechtsgutsverletzung oder dem hohen Grad der Rechtsgutsgefährdung herzuleiten ist. Anders jedoch: die Lehre von der die Rechtswidrigkeit indizierenden Funktion der Tatbestände. (Vgl. z.B. Schönke-Schröder Vorb. I vor § 1)

Auffassung her, die die Aufgabe des Strafrechts im Güterschutz erblickt, ist der sog. methodische Rechtsgutsbegriff daher als inhaltslos abzulehnen.

Der sog. methodische Rechtsgutsbegriff ist aber selbst für die ihm gestellte Aufgabe der Zweckermittlung eines Strafgesetzes unbrauchbar, da nach ihm einem Tatbestand im Einzelfall möglicherweise ein Sinn unterlegt wird, der einer Strafbestimmung vernünftigerweise nicht zukommen kann. Schwinge hat als Anhänger des sog. methodischen Rechtsgutsbegriffes selbst diesen Mangel erkannt. Er gibt zu (1), daß der jeder Wertbezogenheit entbehrende methodische Rechtsgutsbegriff dazu führen kann, daß man infolge des Bestehens verschiedener Möglichkeiten der Sinndeutung eines Strafrechtssatzes zu verschiedenen Schutzobjekten gelangen kann. Als Ausweg aus dieser Situation schlägt er vor, daß man zu berücksichtigen habe, daß das Gesetz im Zweifel nur sozial Förderliches, Vernünftiges wolle. Man habe deshalb diejenige aus der Zahl der möglichen Deutungen zu wählen, die diesem Gedanken am besten gerecht werde. Damit wird im Ergebnis auch von einem Anhänger des methodischen Rechtsgutsbegriffes zugegeben, daß der Rechtsgutsbegriff ohne Bezugnahme auf Wertgesichtspunkte nicht gedacht werden kann.

- 6) Zum Abschluß der Erörterungen über den Rechtsgutsbegriff soll - soweit dies der Zusammenhang gebietet - in einer kurzen Bemerkung auf den Begriff des Tatobjektes eingegangen werden. Im Gegensatz zum Rechtsgut als dem Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes hat man unter dem Tatobjekt den Gegenstand der tatbestandsmäßigen Handlung zu verstehen, an dem sich der äußere Erfolg der Handlung vollzieht. Ohne auf den in Einzelfragen weitgehend umstrittenen Begriff des Tatobjektes an dieser Stelle näher einzugehen, läßt sich über das Verhältnis von Rechtsgut und Tatobjekt allgemein das folgende feststellen:

(1) a.a.O. S. 62

Tatobjekt ist immer ein einzelner, vom Tatbestand umschriebener körperlicher Gegenstand der Außenwelt, wogegen sich im Rechtsgut einer Vorschrift der Wert- und Sinngehalt des gesamten Tatbestandes widerspiegelt. Der Unterschied zwischen Tatobjekt und Rechtsgut läßt sich klar erfassen, wenn man im ersteren einen Begriff der Tatsachenwelt, im letzteren einen Begriff der Wertwelt sieht. (1)

- 7) Wendet man die bisher gewonnene Erkenntnis, daß es sich bei dem Rechtsgut einer Vorschrift um ein auf die Erhaltung eines Wertes gerichtetes menschliches Interesse handelt, auf die Frage an, ob das Interesse am Gewahrsam als Rechtsgut angesehen werden kann, so sind die folgenden Gesichtspunkte als maßgebend zu beachten:

Verfehlt ist es, bei der Frage nach dem Rechtsgut einer Vorschrift etwa wie Dochow (2) darauf abzustellen, was der Täter mit seiner Handlung will, welchen Zweck er verfolgt. Maßstab für die Rechtsgutsermittlung ist nicht die Interessenrichtung des **A n g r e i f e r s**, sondern die Interessenrichtung des **A n g e g r i f f e n e n**. Vom Vorliegen eines Rechtsgutes kann entgegen v.Bar (3) und Klebs (4) auch nicht allein schon dann ausgegangen werden, wenn bei der Begehung einer strafbaren Handlung auf Seiten des Betroffenen ein Interesse verletzt wird. Erforderlich ist darüber hinaus immer die Feststellung, daß es sich auch um ein wertbezogenes Interesse handelt, dessen Schutz durch die Vorschrift bezweckt wird. Es ist in gleicher Weise unrichtig, bei der Ermittlung des Rechtsguts einer Vorschrift lediglich auf den formalen Zweck der Bestimmung ohne Rücksicht auf jegliche Wertgesichtspunkte abzustellen, wie es von den Anhängern des sog. methodischen Rechtsgutsbegriffes getan wird.

(1) Vgl. Mezger, Lehrbuch S. 188, Fußnote 9

(2) Die Antragsdelikte im Reichsstrafrecht in HH 4,265

(3) Über die rechtliche Natur des Strafantrages des Verletzten GA 19,649

(4) Zur Lehre von den sog. Antragsverbrechen GA 19,572; vgl. auch RG 19,379

Das Rechtsgut einer Strafbestimmung läßt sich vielmehr nur ermitteln, indem man die Frage nach dem dem Strafgesetz zugrunde liegenden, an den vorgegebenen Werten orientierten menschlichen Interesse stellt, das es durch die Vorschrift zu schützen gilt. (1) Als Rechtsgüter können daher nur Begriffe der Wertwelt in Betracht kommen. Rein tatsächliche Begriffe, denen eine Wertung nicht zugrunde liegt, können niemals Rechtsgut einer Strafvorschrift sein. Damit ist das Wesen des Rechtsguts als einem Wertbegriff im Gegensatz zum wertfreien, dem Bereich des Tatsächlichen angehörenden Begriff erkannt. Die Entscheidung darüber, ob der Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB ist, wird deshalb davon abhängen, ob der Gewahrsam als Wertbegriff aufgefaßt werden kann oder ob es sich dabei nur um einen juristisch-technischen Allgemeinbegriff ohne normativen Charakter handelt.

B. Der Begriff des Gewahrsams im Sinne des § 242 StGB

- 1) Der Begriff des Gewahrsams ist in einer Reihe von Vorschriften sowohl des Strafrechts wie auch anderer Gesetze enthalten. (2) In das Strafrecht hat er zum Teil nur mittelbaren Eingang gefunden, nämlich in allen denjenigen Fällen, in denen der Gesetzgeber als Merkmal einer strafbaren Handlung ein Wegnehmen oder Entwenden fordert. Diese Begriffe setzen nämlich logisch voraus, daß der Täter die fremde tatsächliche Herrschaft über eine Sache, d.h. also fremden Gewahrsam bricht und eine neue

(1) So auch Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts S. 72
(2) Vgl. u.a.: StGB § 133 I, § 168 I, § 242 I, § 245 a I, § 246, § 249, § 289 I, § 296, § 350 I, § 370 Ziff. 5; HGB § 616 III 2; ZPO §§ 808/809; KO § 44; GG Art. 104 II 3; Sprengstoffgesetz § 9

tatsächliche Herrschaft begründet. (1)

Wie die Vorschrift des § 246 StGB zeigt, verwendet der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang bei der Bezeichnung der tatsächlichen Herrschaft nicht immer den gleichen Ausdruck, sondern er spricht von Besitz oder Gewahrsam. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß beide Begriffe hier gleichbedeutend sind. (2) Aus Gründen terminologischer Klarheit soll im folgenden die für die Wegnahme zu fordernde tatsächliche Herrschaft im Rahmen des § 242 StGB als Gewahrsam bezeichnet werden; der Ausdruck Besitz wird dagegen entsprechend der allgemeinen Übung allein dem zivilrechtlichen Institut vorbehalten. (3)

Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß dem Begriff des Gewahrsams in allen Vorschriften, in denen er eine Rolle spielt, sei es innerhalb oder außerhalb des Strafgesetzbuches, jeweils der gleiche Bedeutungsinhalt beizumessen ist. Ein Blick auf den Tatbestand der Leichenentwendung (§ 168 StGB) zum Beispiel ergibt, daß Gewahrsam in diesem Rahmen mehr auf "Obhut" als auf "tatsächliche Herrschaft" hinzielt. (4) Nach herrschender Meinung ist der Gewahrsamsbegriff im Tatbestand der Pfandkehr (§ 289 StGB) aus dem Sinn der Vorschrift heraus ebenfalls anders auszulegen als im Rahmen des § 242 StGB, so daß auch das Fortschaffen der dem Pfandrecht des Vermieters unterliegenden Sache durch den Mieter aus dessen Wohnung noch als Wegnahme zu bezeichnen ist, obwohl an dieser eine tatsächliche Herrschaft des Vermieters im Grunde nicht besteht. (5) Wenn im folgenden der Gewahrsam einer näheren Betrachtung unterzogen werden soll, so sind die Ausführungen auf den im Rahmen des § 242 StGB maßgeblichen Gewahrsamsbegriff beschränkt. Nur im Rahmen dieser Bestimmung soll der Gewahrsam nach verbreiteter Ansicht auch als ein Rechtsgut anzusehen sein.

(1) So die ganz h.M.; vgl. z.B. Maurach S. 183

(2) Vgl. z.B. RG 37,198

(3) Über das Verhältnis von zivilrechtlichem Besitz und strafrechtlichem Gewahrsam vgl. unten S.44

(4) Frank § 168 I; Olshausen § 168 3 a; Maurach S. 344

(5) Vgl. RG 38,174

2) Eine gesetzliche Definition des Begriffes Gewahrsam ist im geltenden Recht nicht gegeben. Der Gesetzgeber des Preussischen Allgemeinen Landrechts hat den Gewahrsam ehemals umschrieben als das physische Vermögen, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen. (1) Die in der Literatur und in der Rechtsprechung heute gegebenen Definitionen lehnen sich daran weitgehend an. So hat etwa das Reichsgericht den für § 242 StGB maßgebenden Gewahrsam definiert als denjenigen tatsächlichen Zustand, der die Möglichkeit der Herrschaft über eine Sache gewährt. (2) Darüber hinaus wird von einem Teil der Lehre das Vorliegen eines Herrschaftswillens für den Gewahrsam gefordert. Der Gewahrsam wird danach bezeichnet als die tatsächliche Beziehung zu einer Sache, vermöge deren jemand seinen Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu betätigen vermag (3) oder als eine vom Herrscherwillen getragene tatsächliche Herrschaft über eine Sache. (4) Auf Wesen und Erforderlichkeit beider Merkmale, der tatsächlichen Herrschaft und des Herrschaftswillens im Rahmen des Gewahrsamsbegriffes soll im folgenden eingegangen werden. Eine Stellungnahme zu diesen Punkten ist deshalb unentbehrlich, weil die Beantwortung der mit dieser Arbeit gestellten Frage einen eindeutig umrissenen Gewahrsamsbegriff voraussetzt. Zunächst soll jedoch eine allgemeine, für die richtige Erfassung des Gewahrsamsbegriffes ausschlaggebende Überlegung vorangestellt werden.

Bei dem Versuch, den im § 242 StGB und den verwandten Vorschriften enthaltenen Gewahrsamsbegriff zu bestimmen, darf nicht außer acht gelassen werden, daß der Gewahrsamsbegriff, im Gesetz selbst nicht genannt, lediglich über das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme in die juristische Betrachtung Eingang findet. Da die Bestimmung des Gewahrsamsbegriffs damit zugleich eine Bestimmung des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme

(1) ALR I 7 § 1

(2) RG 30, 88; 54, 343; 56, 115

(3) Frank a.a.O. § 242 IV

(4) v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 444

enthält, hat man sich bei der Erfassung des ersteren stets am letzteren zu orientieren. Würde die Verknüpfung zwischen Wegnehmen und Gewahrsam außer acht gelassen, so wäre der auf diese Weise gewonnene Gewahrsamsbegriff im Rahmen des § 242 StGB und der verwandten Vorschriften bedeutungslos. Ein Beispiel mag der Veranschaulichung dieser Überlegung dienen: Gelangte man bei der Bestimmung des Gewahrsamsbegriffs dazu, daß der Dieb an der Beute Gewahrsam nicht begründet, so wäre damit ausgeschlossen, daß dem Dieb die Beute seinerseits weggenommen werden könnte. Ein unhaltbares Ergebnis!

Es zeigt sich also, daß der Gewahrsam selbst kein eigenständiger Begriff ist, bei dessen Erfassung etwa auf den Sprachgebrauch oder sonstige allgemeine Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden könnte. Inhalt und Umfang des Gewahrsamsbegriffes sind vielmehr durch das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme vom Gesetz vorgegebene Größen. Da der Gewahrsamsbegriff eine Funktion des Wegnahmebegriffes darstellt, ließe sich daran denken, den Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB als dasjenige Verhältnis eines Menschen zu einer Sache zu bestimmen, vermöge dessen der Zugriff eines Dritten auf die Sache als Wegnahme erscheint. (1) Mit einer solchen Definition wäre zwar die Abhängigkeit des Gewahrsamsbegriffes im Rahmen des § 242 StGB verdeutlicht, letzten Endes jedoch für die Auslegung des Begriffes Wegnahme, die der Gewahrsamsbegriff zumindest auch ermöglichen soll, nichts gewonnen.

- 3) Es bedarf im weiteren keiner Erörterung mehr darüber, daß von der Wegnahme einer Sache nur dann gesprochen werden kann, Gewahrsam mithin nur dann vorliegt, wenn die Sache der Person, der sie weggenommen wird, im Bereich des Tatsächlichen zugeordnet ist, d.h. wenn die Person die Möglichkeit der tatsächlichen Herrschaft über die Sache hat. Daneben kommt es - wie noch zu zeigen sein wird (2) - für den Gewahrsam auf einen Herrschaftswillen nicht an.

(1) Vgl. Rotering, Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB S. 355; Frank a.a.O. § 242 IV

(2) Vgl. unten S. 40ff

Es gibt verschiedene Formen der möglichen tatsächlichen Beherrschung einer Sache, deren Aufhebung durch den Zugriff eines Dritten sich jeweils als Wegnahme darstellt. Als engste Form der tatsächlichen Zuordnung ist es anzusehen, wenn eine Person eine Sache in Händen hält oder sonst am Körper trägt. Eine weitere Form stellt es dar, wenn sich die Sache ohne Körperkontakt im unmittelbaren Zugriffsbereich der Person befindet. Als dritte und weiteste Form der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache kommt der Fall der gelockerten tatsächlichen Zuordnung in Betracht. Als Beispiele für diesen sog. gelockerten Gewahrsam mögen die Fälle genannt werden, daß der Bauer seinen Pflug auf dem Felde zurückläßt oder der Wohnungsinhaber sich auf Reisen begibt. Nicht ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage, bis zu welchem Grade sich die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung einer Sache für eine Person verflüchtigen kann, ohne daß die Person-Sachbeziehung ihren Charakter als Gewahrsam verliert. Die Lösung dieser Frage ist darin zu sehen, daß bei räumlicher Trennung von Person und Sache die nach der Verkehrsanschauung zu beurteilenden typischen Umstände, in der sich die Sache im Verhältnis zur Person befindet, entscheidend dafür sind, ob noch von Gewahrsam die Rede sein kann oder nicht.

Die Aufstellung des Merkmals der nach der Erfahrung des täglichen Lebens zu beurteilenden typischen Umstände hat an dieser Stelle ihre volle Berechtigung. Ob eine Sache einer Person im tatsächlichen Bereich in der Weise zugeordnet ist, daß sich ein Zugriff auf die Sache von dritter Seite als Wegnahme darstellt, darf allein vom Standpunkt der Umwelt, in der der Täter sich befindet, nicht dagegen vom Standpunkt des durch den Diebstahl Angegriffenen her beurteilt werden. Gerade die erhöhte verbrecherische Intensität des Diebes, die dadurch erkennbar wird, daß er trotz der vom Standpunkt der Umwelt aus bestehenden Offenkundigkeit des tatsächlichen Beherrschungsverhältnisses in die nahe räumliche Person-Sachbeziehung eingreift, ohne dabei die erhöhte Gefahr einer Entdeckung

auf frischer Tat zu scheuen, ist der rechtspolitische Grund für die strengere Strafdrohung beim Diebstahl im Gegensatz zur einfachen Unterschlagung. Ist das Bestehen eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses daher aber aus der Sicht der Umwelt, in der sich der Täter befindet, zu beurteilen, so wird offenbar, daß auf die tatsächliche Zuordnung einer Sache zu einer Person nur aufgrund typischer Umstände in der Außenwelt geschlossen werden kann. Nur wenn sich die Sache im Verhältnis zur Person in einem typischen, d.h. der Erfahrung des täglichen Lebens entsprechenden Herrschaftsbereich befindet, kann von Gewahrsam gesprochen werden. Kann dagegen nach der Lebenserfahrung von einer Beherrschung der Sache durch eine Person nicht ausgegangen werden, wie zum Beispiel in dem Fall, daß der Bauer seinen Ring auf dem Felde zurückläßt, dann kann auch von der Aufbietung einer erhöhten verbrecherischen Intensität auf der Seite des Täters nicht die Rede sein. Nach der auch dem Täter geläufigen Erfahrung des täglichen Lebens muß nicht mit dem jederzeitigen Eingriff eines Inhabers gerechnet werden; es ist infolgedessen keine tatsächliche Beherrschung der Sache durch eine Person gegeben. Eine Wegnahme liegt daher nicht vor. (1) (2)

-
- (1) Die typischen Umstände, die nach der Lebenserfahrung für eine tatsächliche Beherrschung der Sache durch eine Person sprechen, sind auch das Kriterium für die Feststellung, welche von mehreren Personen, die in einer räumlichen Beziehung zur gleichen Sache stehen, als Gewahrsamsinhaber in Betracht kommt. Nicht der Spaziergänger auf dem Feld, sondern der Bauer hat typischerweise die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung des Pfluges; nicht der Besucher, sondern der Hausherr hat typischerweise die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung der Einrichtungsgegenstände in der Wohnung.
- (2) Es ist nicht zu verkennen, daß im Rahmen der natürlichen Lebenserfahrung auch die rechtliche Beziehung zur Sache als eine Komponente mitschwingen kann. Insoweit nämlich eine Berechtigung an der Sache besteht, wird auch im Normalfall die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung bei räumlicher Trennung gegeben sein. Eine Verknüpfung im Sinne logisch-notwendiger Abhängigkeit zwischen Berechtigung zur Sache und Gewahrsamslage besteht jedoch nicht. Auch der Bauer, der den Hof nebst Inventar aufgrund eines nichtigen (dinglichen) Geschäfts erworben hat, hat den Gewahrsam an dem Pflug auf dem Felde. Zum Verhältnis zwischen Gewahrsam und Rechtslage vgl. unten S. 46ff

- 4) Die Frage, ob Gewahrsam nur dann gegeben ist, wenn der, der die tatsächliche Herrschaft zukommt, auch einen auf die Beherrschung der Sache gerichteten Willen hat, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. (1) Bevor zu dieser Streitfrage Stellung genommen wird, sollen zwei Beispiele vorangestellt werden:

Bettler A sitzt auf einer Bank. Der mitleidvolle Passant B steckt ihm im Vorübergehen eine Scheibe Brot in die Rocktasche. Diese wird dem A später von C im Gedränge unbemerkt entwendet. C begeht damit einen Diebstahl, da er eine fremde bewegliche Sache einem anderen aus dessen von einem Willen getragener tatsächlicher Herrschaft wegnimmt.

Bettler A sitzt auf der Bank und ist eingeschlafen. Passant B steckt ihm während des Schlafs eine Scheibe Brot zu. Später wird dem A, der von der mildtätigen Gabe keine Kenntnis genommen hatte, in einem Menschengedränge von C die Scheibe Brot unter den gleichen äußeren Umständen wie im ersten Beispiel entwendet. Ist C in diesem Falle etwa mangels Gewahrsam des A an der Brotscheibe nur wegen Unterschlagung zu bestrafen?

Dafür, daß ein Herrschaftswille zum Gewahrsam zu fordern sei, werden im Schrifttum verschiedene Begründungen angeführt. Frank (2) etwa ist der Auffassung, man könne nicht sagen, daß eine Sache demjenigen weggenommen werde, der sie in seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt habe, eine solche aber nicht ausüben wolle. Daß diese Ansicht nicht zutreffen kann, zeigen die beiden oben aufgeführten Beispiele. Eine Sache erscheint auch dann als einem anderen weggenommen, wenn die nach außen als tatsächlicher Inhaber in Erscheinung tretende Person keine Kenntnis und infolgedessen auch keinen Herrschaftswillen in Bezug auf die Sache hat. Wegnahme ist nicht nur das Handeln *g e g e n*, sondern auch das Handeln *o h n e* den Willen des Inhabers.

-
- (1) Bejahend: Frank IV zu § 242; v. Liszt-Schmidt § 127 S 444; Allfeld-Meyer S. 500; Gerland S. 445; verneinend: Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 427; Siebert, Der strafrechtliche Besitzbegriff besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts S. 56; RG 3, 201; 50, 46
(2) a.a.O. § 242 IV

Man kann dieser Auffassung nicht mit dem Argument begegnen, A habe auch im zweiten Beispiel einen Herrschaftswillen, und zwar in genereller Form, so daß die Gewahrsamslage aus diesem Grunde in beiden Fällen gleich zu beurteilen sei; denn jeder habe den allgemeinen Willen, die in seinen Herrschaftsbereich gelangten Gegenstände zu beherrschen. (1) Abgesehen davon, daß es einer näheren Begründung bedürfte, warum auch ein genereller Wille für die Annahme eines Gewahrsamsverhältnisses ausreichend sein soll (2), muß bezweifelt werden, daß ein so gearteter genereller Wille überhaupt denkbar ist. Jeder Wille setzt logisch ein Wissen voraus. Eine Sache, deren Existenz man nicht kennt, kann man nicht beherrschen wollen, auch nicht in genereller Form. (3) Eine Betrachtung der Fälle des unerwünschten Gewahrsams läßt mit Deutlichkeit erkennen, wie unhaltbar die Lehre vom generellen Herrschaftswillen ist. Jedem den generellen Willen zur Beherrschung der ohne sein Wissen in seinen Herrschaftsbereich gelangten Höllemaschine zuzusprechen, wird den Tatsachen nicht gerecht.

Die Auffassung, die davon ausgeht, auf Seiten des Inhabers bestehe ein genereller Herrschaftswille in Bezug auf alle ohne sein Wissen in seinen Herrschaftsbereich gelangten Sachen, beruht daher auf einer Fiktion. Sie stellt allerdings die konsequente Fortführung der Lehre dar, die zum Gewahrsam grundsätzlich einen Herrschaftswillen fordert. Da nun einmal ein Herrschaftswille auf der Seite des Gewahrsamsinhabers nicht in allen Fällen vorliegt, in denen sich der Zugriff auf die Sache durch einen Dritten als Wegnahme darstellt (4), sucht man zu der anfechtbaren Konstruktion eines generellen Gewahr-

(1) Vgl. Maurach S. 180

(2) nach einer Begründung hierfür sucht man bei denjenigen Schriftstellern, die den generellen Herrschaftswillen genügen lassen, vergebens; vgl. z.B. Welzel S. 309; Jagusch in Leipziger Kommentar C II 2 vor § 242; Schönke-Schröder § 242 Anm. 21

(3) So richtig Frank § 242 IV, der sich jedoch an späterer Stelle selbst widerspricht, wenn er den Gewahrsam auch an solchen Sachen für gegeben hält, von denen der Inhaber nichts weiß.

(4) Vgl. das zweite Bettlerbeispiel

samswillens Zuflucht, um nicht etwa Ausnahmen, die zu einer Aufweichung der Grundauffassung führen könnten, zulassen zu müssen.

Für das Erfordernis eines Herrschaftswillens zum Gewahrsam wird ferner angeführt, daß nur mit Hilfe eines solchen Willens die Fortdauer des Gewahrsams bei Lockerung der Sachbeziehung erklärbar sei. (1) Auch diese Begründung ist unzutreffend. Beim sog. gelockerten Gewahrsam ist ausschließlich die Auffassung des Verkehrs dafür entscheidend, ob sich die Sache in der tatsächlichen Herrschaft einer Person befindet oder nicht. Allein aufgrund des nach außen nicht erkennbaren Vorliegens eines Herrschaftswillens erscheint bei weiterer räumlicher Trennung der Sache von der Person des Gewahrsamsinhabers der Eingriff eines Dritten nicht als Wegnahme.

Nach der Auffassung Soltmanns (2) soll für den Gewahrsam ein Herrschaftswille deshalb erforderlich sein, weil der Diebstahl nach altgermanischer Auffassung als Einbruch in einen fremden Gewaltbereich einen ehrenkränkenden Charakter habe und dieser Charakter der Wegnahme nur dann zukomme, wenn der Inhaber einer Sache seine Macht innerhalb seines Machtbereiches wahren wolle. Dieser Auffassung muß ebenfalls widersprochen werden, da sie den Diebstahl ohne Berechtigung zu einem Delikt gegen die Ehre macht und dabei noch übersieht, daß auch eine Ehrenkränkung nicht notwendig ein Handeln gegen den Willen des Beleidigten zur Voraussetzung hat, vielmehr ein Handeln ohne den Willen des Beleidigten als ausreichend anzusehen ist.

Angesichts der unüberwindlichen Beweisschwierigkeiten, die sich für die Auffassung, die an dem Erfordernis eines Herrschaftswillens zum Gewahrsam festhält, daraus ergeben, daß hinsichtlich des objektiven Tatbestandes des § 242 StGB der

(1) Hälschner, System des Preussischen Strafrechts S. 431; Micelli, Der Begriff des Gewahrsams S. 50; Bender, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? S. 17

(2) Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB 19,20

Wille des Inhabers und hinsichtlich der Schuld die Kenntnis dieses Willens auf Seiten des Täters zur Verurteilung wegen Diebstahls festgestellt werden müssen, gibt Soltmann (1) seine zunächst begründete Meinung im Ergebnis wieder auf, wenn er ausführt, daß eine Verurteilung wegen Diebstahls auch ohne besondere Feststellung eines Herrschaftswillens möglich sei.

Richtiger Auffassung nach kann für den Gewahrsam das Erfordernis eines Herrschaftswillens nicht verlangt werden. Diese Feststellung ergibt sich aus einer Besinnung auf die bereits dargelegte Zweckbestimmung des Gewahrsamsbegriffes im Rahmen des § 242 StGB, die darin besteht, ein Hilfsmittel zur Auslegung des Tatbestandselementes der Wegnahme an die Hand zu geben. (2) Das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme stellt das die Strafdrohung des Diebstahls gegenüber der Unterschlagung schärfende Element dar, weil in der durch die Wegnahme gekennzeichneten Form des Eigentumsangriffes eine gegenüber dem Eigentumsangriff bei der Unterschlagung erhöhte verbrecherische Intensität des Täters zum Ausdruck kommt. Dementsprechend darf es nur aus der Sicht des Täters beurteilt werden, ob der Zugriff als Wegnahme und damit das Verhältnis zwischen Person und Sache als Gewahrsam zu bezeichnen ist. Diese Überlegung zeigt, daß es beim Gewahrsamsbruch nur auf äußere, dem Täter erkennbare tatsächliche Umstände unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ankommen kann. Weggenommen ist eine Sache daher auch dann, wenn auf der Seite des Inhabers ein Herrschaftswille nicht vorliegt. Würde man auf den Willen des Inhabers entscheidend abstellen, so müßte man - wie die beiden Bettlerbeispiele zeigen - bei jeweils gleichen äußeren Umständen wie auch bei jeweils gleicher innerer Einstellung des Täters zu diesen Umständen den Täter einmal wegen Diebstahls, das andere Mal wegen Unterschlagung bestrafen. Ein Blick auf die Abwegigkeit dieser Ergebnisse läßt erkennen, daß die Auffassung, die zum Gewahrsam einen Herrschaftswillen verlangt, nicht richtig

(1) a.a.O. S. 25

(2) Vgl. oben S. 36ff

sein kann. Die hier vertretene Auffassung verdient daher aus dogmatischen wie praktischen Überlegungen den Vorzug. (1)

- 5) Vereinzelt findet sich die Auffassung, der zivilrechtliche Besitz und der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB seien identische Begriffe. (2) Entgegen dieser Ansicht sind diese bei-

(1) Das Erfordernis eines Herrschaftswillens wird ebenfalls geleugnet von Siebert, Der strafrechtliche Besitzbegriff S. 56; Wolff-Raiser S. 29; Römpler, Der Begriff des Gewahrsams in Zivil- und Strafrecht S. 38; Zuckermann, Die Entwicklung des Gewahrsamsbegriffes im Strafrecht S. 31; Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 530; Schütze, Deutsches Strafrecht S. 427; Goldschmidt, Aus der Lehre vom Diebstahl S. 352. Auch das Reichsgericht hat die Frage, ob zum Gewahrsam ein Herrschaftswille erforderlich sei, in ständiger Rechtsprechung verneint. Vgl. z.B. RG 38,445; 45,252; 48,385; 50,46; 52,143; 53,336; 54,232; 54,346; 55,220; 56,117; 56,207; 58,228; abweichend allerdings RG Recht 1905,22; ebenfalls abweichend RMG 9,99ff. Für seine Auffassung hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 50. Band S. 46 folgende eingehende Begründung angeführt: "Sobald die Möglichkeit der ausschließlichen Beherrschung der Sache durch eine dritte Person nach den Umständen besteht, insbesondere durch die räumlichen Beziehungen begründet ist, und für den, der sich der Sache bemächtigen will, offenen zutage tritt, ist es nicht angängig, nur dann von Wegnahme zu sprechen, wenn sich auch der Nachweis führen läßt, daß der tatsächliche Zustand entsprechend dem Willen des anderen begründet wurde, und daß dieser die Ausübung der Herrschaft über die Sache auch für sich in Anspruch nimmt, dagegen unter sonst ganz gleichen Umständen die Wegnahme zu leugnen, sobald das tatsächliche Herrschaftsverhältnis ohne Wissen des Inhabers entstanden ist und sein Bestehen vielleicht seinem Willen zuwider läuft. Das entzieht sich in der Regel der Kenntnis des Diebes; es ist nicht berechtigt, die Diebeshandlungen verschieden zu beurteilen, je nach dem die aus dem alleinigen Gewaltbereich des anderen gestohlene Sache sich dort mit dessen Wissen und Willen befindet, oder gar danach, von wem sie dorthin gebracht wurde, ob gerade von dem, der sie äußerlich beherrscht, oder vom Dritten mit seinem Willen oder doch zufolge der nach der Verkehrssitte zu vermutenden Zustimmung des Beherrschenden."

(2) Vgl. z.B. Redslob, Der zivilrechtliche Besitz und der strafrechtliche Gewahrsam 213; ähnlich Welzel, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden 264,265

den Begriffe jedoch deutlich voneinander zu trennen. Ist der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB als technischer Begriff zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme aufzufassen, so hat der Besitz als Institut zum Schutze der Friedensordnung (1) vom Gesetz eine bis ins einzelne gehende rechtliche Ausgestaltung in den §§ 854ff BGB erhalten. Er hat danach nur im Regelfall die tatsächliche Herrschaft zur Voraussetzung. Auch ohne tatsächliche Herrschaftsbeziehung kann er vorliegen, wie die Fälle des mittelbaren Besitzes und des Erbenbesitzes zeigen. Umgekehrt muß Besitz jedoch auch bei Vorhandensein eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses nicht notwendigerweise gegeben sein wie zum Beispiel im Falle der Besitzdienerschaft. Mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist deshalb davon auszugehen, daß der Gewahrsam ein rein tatsächliches Verhältnis bildet, für dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die am jeweiligen Orte geltenden zivilrechtlichen Vorschriften über den Besitz nicht maßgebend sind. (2)

- 6) Aus der Erkenntnis, daß es sich beim Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB lediglich um ein dem Bereich des Tatsächlichen zuzuordnendes Verhältnis handelt, folgt, daß der Gewahrsam nicht als ein subjektives Recht aufgefaßt werden kann. Den gegenteiligen Standpunkt scheint allerdings Prühß zu vertreten, wenn er davon spricht, daß neben dem Eigentum durch den Diebstahl auch das "Gewahrsamsrecht" verletzt werde. (3) Allem Anschein nach soll es sich bei dem von Prühß so bezeichneten "Gewahrsamsrecht" um ein dingliches Recht handeln. Das wird man daraus entnehmen dürfen, daß als Objekt dieses sog. Gewahrsamsrechtes ähnlich wie beim dinglichen Recht nur eine Sache in Frage kommt. Auch kann dieses sog. Gewahrsamsrecht nicht als gegen eine bestimmte Person gerichtet gedacht werden, so daß es als schuldrecht-

(1) So die h.M.; vgl. z.B. Staudinger, Kommentar zum BGB III. Band Sachenrecht § 854 Vorb. 3

(2) Ebenso RG 30,88; 37,198; RG in DJZ 1928,597; Staudinger § 854 Randnote 13; Hälschner, System des Preußischen Strafrechts S. 429; Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts S. 243ff; Rotering, Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB S. 354

(3) Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl S. 16

liche Beziehung ausscheidet.

Dafür, daß der Gewahrsam nicht als dingliches Recht anzusehen ist, kann der Grundsatz des numerus clausus der Sachenrechte zwar nicht als überzeugendes Argument angeführt werden, da dieser lediglich besagt, daß durch Parteiabrede keine dem Gesetz unbekannte Art von dinglicher Herrschaft begründet werden kann. (1) Daß der Gewahrsam kein dingliches Recht ist, ergibt sich jedoch aus einer Betrachtung des Begriffes des dinglichen Rechts. Dingliche Rechte sind solche, die die Herrschaft über eine Sache gewähren. Wie sich beim Eigentum als dem umfassendsten dinglichen Recht zeigt, sind bei dieser Herrschaft zwei Seiten zu unterscheiden: eine innere Seite, das Verhältnis des Rechtssubjektes zur Sache (der Eigentümer kann mit der Sache nach Belieben verfahren) und eine äußere Seite, das Verhältnis des Rechtssubjektes zu anderen Personen (der Eigentümer kann andere von jeder Einwirkung ausschließen). Weder die eine noch die andere Seite hat jedoch beim Gewahrsam durch die Rechtsordnung eine Ausgestaltung gefunden, da für das Vorliegen der tatsächlichen Herrschaft, die wir als Gewahrsam bezeichnen, weder die rechtliche Befugnis hinsichtlich der Sache von Bedeutung ist noch sich aus der Tatsache der Beherrschung als solcher eine Abwehrbefugnis gegenüber dritten Personen ergibt. Allem Anschein nach hat sich Frühß bei seinen Überlegungen zum sog. Gewahrsamsrecht nicht vom bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriff zu lösen vermocht. Hier mag es vertretbar sein, den Besitz als ein dingliches Recht zu bezeichnen, da dieser ein Herrschaftsverhältnis darstellt, das infolge seiner gesetzlichen Ausgestaltung in den §§ 858ff BGB von jedermann respektiert werden muß. Beim Gewahrsam trifft dies nicht zu.

- 7) Ebensowenig wie der Gewahrsam selbst für den Inhaber ein Recht darstellt, so ergeben sich für den Inhaber aus der Tatsache

(1) Vgl. dazu und zum folgenden: v.Thur, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches I. Band S. 133

der Herrschaft an einer Sache als solcher irgendwelche Rechte. Der vom Reichsgericht in einer Entscheidung (1) geäußerten Auffassung, nach der aus der Tatsache des Gewahrsams Rechte entspringen sollen, kann daher nicht gefolgt werden. Der Erwerb von Rechten an einer Sache wird zwar aus Gründen der Publizität vom bürgerlichen Recht dem Grundsatz nach an die Übergabe der Sache geknüpft. (2) Entscheidend ist hierbei der nach außen hin sichtbare Akt der körperlichen Übertragung der Sache. Nach vollzogenem Rechtserwerb kommt es jedoch auf die Gewahrsamslage nicht an. Ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gewahrsam und Rechtslage in der Weise, daß der Gewahrsam Voraussetzung für das Fortbestehen von Rechten ist, liegt nicht vor.

Der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB ist nicht nur selbst weder Recht noch Quelle von Rechten, er ist auch sonst in jeder Beziehung unabhängig von der jeweiligen Rechtslage. Diese völlige und grundsätzliche Beziehungslosigkeit des Gewahrsamsbegriffes zur Rechtslage ist eine Folge seiner rein technischen Zwecksetzung bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme. Eine Sache ist weggenommen, wenn die tatsächliche Herrschaft zu ihr aufgehoben wurde; ob und welche Rechtsbeziehungen der tatsächlichen Herrschaft im Einzelfall zugrunde lagen, ist für die Frage der Wegnahme ohne jegliche Bedeutung.

Wenn der Bundesgerichtshof (3) im Anschluß an v.Liszt-Schmidt (4), Micelli (5) und Soltmann (6) eine Einteilung des Gewahrsams in gleichgeordneten und untergeordneten Mitgewahrsam vornimmt, wobei er den untergeordneten Mitgewahrsam nicht als selbständiges Rechtsgut des § 242 StGB ansieht, so ergibt sich von der hier dargelegten Auffassung aus, daß für diese Einteilung

(1) RG 4,346; vgl. oben S. 17

(2) Vgl. z.B. die §§ 929, 1032, 1205 BGB

(3) BGH 10,400

(4) § 127 III

(5) a.a.O. S. 74

(6) a.a.O. S. 78

lung von der rein tatsächlichen Natur des Gewahrsamsbegriffes her keine Berechtigung besteht. Der vom Bundesgerichtshof dieser Einteilung zugrunde gelegte Gesichtspunkt ist die Rechtsbeziehung, die zur Sache gegeben ist. Der Eigentümer als Herr über die Sache in rechtlicher Hinsicht erhält den sog. Obergewahrsam zugewiesen, der Besitzdiener zum Beispiel als der in Bezug auf die Sache Rechtlose den sog. Untergewahrsam. Daraus, daß der Gewahrsamsbegriff seinem Zweck und seiner Natur nach eine außerhalb des Rechts bestehende Beziehung rein tatsächlicher Art ist, ergibt sich jedoch, daß beiden, dem Eigentümer wie dem Besitzdiener, dem an der Sache Berechtigten wie dem Nichtberechtigten der Gewahrsam in gleicher Weise zusteht, da beiden die Sache weggenommen werden kann.

Nach allem ist davon auszugehen, daß es beim Gewahrsam auf das Vorhandensein eines rechtlichen Erwerbsgrundes als Folge der rein tatsächlichen Natur des Gewahrsamsbegriffes nicht ankommt. Auch die sine causa erlangte tatsächliche Herrschaftsgewalt ist Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Person Gewahrsam an einer Sache hat, ist keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob der tatsächliche Zustand als rechtmäßig oder unrechtmäßig anzusehen ist. Daraus erklärt es sich, daß auch der Dieb Gewahrsam an der Beute begründen kann. (1)

Zusammenfassend kann der Gewahrsam des § 242 StGB bezeichnet werden als das tatsächliche, nach der natürlichen Lebensauffassung zu beurteilende, von einem Herrschaftswillen und der zugrunde liegenden Rechtslage unabhängige Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, vermöge dessen die Sache im Falle des Zugriffs eines Dritten als einem anderen weggenommen erscheint.

(1) Micelli a.a.O. S. 40; Leipziger Kommentar § 242 I; BGH LM § 242 Nr 10; RG 60,273,278; 70,79; 54,280

C. Die Frage nach der Rechtsgutsqualität des Gewahrsams

Die Frage, ob es sich beim Gewahrsam des § 242 StGB um ein Rechtsgut handelt, wird in der Literatur unter zwei Gesichtspunkten erörtert. Einmal wird das menschliche Interesse am Gewahrsam als ein individuelles angesehen, der Gewahrsam somit als ein Individualrechtsgut aufgefaßt (1), zum andern wird die in den Gewahrsamsverhältnissen verkörperte Friedensordnung als Gegenstand des allgemeinen Interesses betrachtet, der an die Gewahrsamsverhältnisse anknüpfende Rechtsfriede damit als ein Rechtsgut der Allgemeinheit begriffen. (2) Zunächst soll gezeigt werden, warum der Gewahrsam ein Individualrechtsgut nicht sein kann.

- 1) Voraussetzung dafür, daß der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB als Individualrechtsgut angesehen werden kann, ist die Feststellung, daß das Interesse des einzelnen Inhabers an der Aufrechterhaltung seiner Herrschaft über die in seinem räumlichen Zugriffsbereich befindlichen Sachen vom Standpunkt der sozialen Wertordnung aus als schutzwürdig anerkannt werden kann. Nur unter dieser Voraussetzung handelt es sich beim Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB um einen Begriff der Wertwelt; nur unter diesen Umständen kann ihm Rechtsgutsqualität zukommen. (3)

Es zeigt sich jedoch, daß die dem ausschließlich tatsächlichen Bereich angehörige räumliche Person-Sachbeziehung, die als Gewahrsam zu bezeichnen ist, als solche irgendwelche Beziehungen zu Wertgesichtspunkten nicht aufweist. Das ergibt sich daraus, daß sich eine allgemeingültige Feststellung über die Schutzwürdigkeit, über Wert oder Unwert der tatsächlichen Beherrschung einer Sache durch eine Person an sich nicht treffen

-
- (1) Vgl. z.B. Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts S. 205; Frühß, Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl S. 16; Klebs, Zur Lehre von den sog. Antragsverbrechen und -vergehen S. 572
 - (2) Vgl. Leipziger Kommentar Vorb. zu § 242; Bender, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? S. 7, 8
 - (3) Vgl. oben S. 34

läßt. Im Gegensatz zu den anerkannten Werten wie zum Beispiel dem menschlichen Leben, der Ehre oder dem Hausfrieden, die als unentbehrliche Voraussetzungen für ein gedeihliches Leben in der Gemeinschaft nach der Überzeugung aller zu gewährleisten sind, ist bei der Frage nach der Wertbezogenheit des Gewahrsams in jedem einzelnen Fall tatsächlicher Zuordnung zu prüfen, ob die tatsächliche Beherrschung gerade dieser Sache durch gerade diese Person mit den Wertvorstellungen in Einklang zu bringen ist, wie sie als Voraussetzung für ein geordnetes Leben in der Gemeinschaft zu fordern sind. Das menschliche Interesse am tatsächlichen "Haben" einer Sache stellt danach an sich ein schützenswertes Etwas nicht dar. Es kann nicht der von Redslob (1) vertretene Auffassung zugestimmt werden, daß mit der tatsächlichen Beherrschung einer Sache generell ein "Achtungsverhältnis" verknüpft sei, vermöge dessen ein jeglicher Gewahrsam zu respektieren sei. Die Position des Inhabers der tatsächlichen Herrschaft an einer Sache wird von der Gemeinschaft nur geachtet, wenn entweder das "Haben" der Sache selbst oder das "Erlangen" der Sache, die Art und Weise der Herrschaftsbegründung nicht eine zu mißbilligende Beeinträchtigung berechtigter Interessen Dritter darstellt. (2) (3)

-
- (1) Der zivilrechtliche Besitz und der strafrechtliche Gewahrsam S. 213; vgl. auch Welzel, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden S. 264, 265
- (2) Auch im Hinblick auf das Merkmal der natürlichen Lebensauffassung (vgl. oben S. 38) ist eine andere Beurteilung des Gewahrsamsbegriffes nicht geboten. Dieses Merkmal stellt nur klar, wann bei einer räumlichen Trennung zwischen Person und Sache noch von einer Herrschaftsmöglichkeit gesprochen werden kann. Wertgesichtspunkte fließen in den Gewahrsamsbegriff damit nicht ein. Es ist nicht einzusehen, warum die tatsächliche Beherrschung von Sachen allein deshalb sozial wertvoll sein soll, weil sie sich nach der natürlichen Lebensauffassung beurteilt. Die gegenteilige Auffassung würde auch alle diejenigen Fälle unberücksichtigt lassen, in denen das Vorliegen von Gewahrsam auch ohne Zuhilfenahme des Merkmals der natürlichen Lebensauffassung bestimmt werden kann wie zum Beispiel bei der unmittelbaren Sachherrschaft.
- (3) Der Unterschied zwischen dem oben beispielhaft erwähnten Rechtsgut des Hausfriedens und dem Gewahrsam ist fundamental. Anders als beim Hausfrieden kann nämlich auch die widerrechtlich begründete tatsächliche Herrschaft die

Dem Gesetzgeber ist dieser Mangel der Wertbezogenheit des Gewahrsamsbegriffes durchaus geläufig. Das zeigt die Betrachtung von Beispielen, in denen er gerade den Gewahrsam an einer Sache zum Anlaß für ein mit Strafsanktionen ausgestattetes Verbot genommen hat. Gemäß § 9 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884 (Sprengstoffgesetz) macht sich zum Beispiel derjenige strafbar, der im Besitz von Sprengstoffen betroffen wird, ohne eine polizeiliche Erlaubnis hierzu nachweisen zu können. Unter Besitz im Sinne dieser Vorschrift ist nicht der bürgerlich-rechtliche Besitzbegriff zu verstehen, sondern wie beim Gewahrsam des § 242 StGB die rein tatsächliche Herrschaft an einer Sache. (1) Am Beispiel dieser Bestimmung wird es in besonderer Weise anschaulich, daß die als Gewahrsam bezeichnete tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache selbst unter keinen Umständen als Wertbegriff angesehen werden kann, da gerade der Gewahrsam in diesem Zusammenhang vom Gesetzgeber völlig zu Recht als der sozialschädliche und strafbegründende Umstand behandelt wird. Die gleichen Überlegungen treffen auch für die Vorschrift des § 245 a StGB zu, nach der sich derjenige unter besonderen Voraussetzungen strafbar macht, der Diebeswerkzeug in Gewahrsam hat.

Diese Überlegungen zeigen, daß es sich bei der tatsächlichen Sachherrschaft um eine Erscheinung der Außenwelt handelt, an die als solche ein Wertmaßstab nicht angelegt werden kann; die Natur des Gewahrsamsbegriffes als wertneutrale tatsächliche Beziehung ist ausschließlich juristisch-technischer Art (Bestimmung des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme), nicht soziologisch-wertender Art. Der Gewahrsamsinhaber ist nur schutz-

Merkmale des Gewahrsamsbegriffes erfüllen. Bemächtigt sich demgegenüber jemand ohne Befugnis der Räume eines Dritten, so steht ihm damit aufgrund der bloßen Tatsache der Innehabung ein Hausrecht nicht zu.

- (1) Vgl. Erbs-Kolhaas, Strafrechtliche Nebengesetze III. Band, Sprengstoffgesetz § 1 Anm. 2 C; RG 12, 257; 43, 10

würdig in seiner Eigenschaft als Eigentümer, als Pfandgläubiger oder als Mieter. Die Position des Gewahrsamsinhabers als solche verdient keinen Schutz, wie der Fall des unrechtmäßig begründeten Gewahrsams, etwa der Gewahrsam des Diebes, verdeutlicht. Da dem Begriff des Gewahrsams keinerlei Beziehungen zu Wertgesichtspunkten im Hinblick auf das Individualinteresse des Inhabers innewohnen, kann er nicht als Begriff der Wertwelt aufgefaßt werden. Der Gewahrsam scheidet damit aus begrifflichen Gründen als Individualrechtsgut aus. (1)

Die Stimmen, die sich entgegen den aufgezeigten Bedenken dennoch für die Anerkennung des Gewahrsams als eines Individualrechtsgutes aussprechen, räumen in der Regel ein, daß nicht jeder Gewahrsam durch § 242 StGB geschützt werde, sondern im Einzelfall die Schutzwürdigkeit des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zu prüfen sei. Im einzelnen werden in dieser Hinsicht verschiedene Auffassungen vertreten. Der Bundesgerichtshof zum Beispiel (2) betrachtet den Gewahrsam im Ergebnis nur insoweit als geschützt, als durch ihn ein dingliches Recht für den Inhaber vermittelt wird. Daß der Gewahrsam in § 242 StGB nur dann geschützt werde, wenn den Inhaber durch den Verlust der Sache eine Ersatzpflicht treffe, wird u.a. von Hälschner (3) behauptet. Eine Reihe von Schriftstellern

-
- (1) Nach Roterling (Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB S. 354) und Römpler (Der Begriff des Gewahrsams S. 32) ist Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB kein "Rechtsbegriff", sondern ein rein "tatsächlicher Begriff". Man wird diese Einordnung des Gewahrsamsbegriffes so zu verstehen haben, daß der Gewahrsam als ein nicht in das Recht aufgenommener, mithin wertfreier Begriff aufzufassen ist. Inhaltlich dürfte daher die von Roterling und Römpler vertretene Auffassung vom Gewahrsam mit der hier vertretenen Meinung übereinstimmen. Die Gegenüberstellung von "Rechtsbegriff" und "tatsächlichem Begriff" erscheint jedoch in diesem Zusammenhang deshalb nicht empfehlenswert, da sie zu der von der Begriffsjurisprudenz vertretenen Auffassung verleiten könnte, alle Rechtsbegriffe seien im Gegensatz zu den tatsächlichen Begriffen gleichzeitig auch als Wertbegriffe anzusehen. (Vgl. hierzu Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie S. 273)
- (2) BGH 10,400
- (3) Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht S. 306; vgl. auch v.Bar, Über die rechtliche Natur des Strafantrages des Verletzten S. 649

spricht sich grundsätzlich gegen den Schutz des unrechtmäßig begründeten Gewahrsams aus und will nur den rechtmäßig begründeten Gewahrsam als ein Rechtsgut anerkennen. So sieht etwa Oppenhoff (1) den "unredlichen Besitzer" niemals als durch § 242 StGB geschützt an, gleichgültig ob für ihn eine Ersatzpflicht begründet sei oder nicht. Andere (2) vertreten die Auffassung, gegen den Inhaber der Sache könne der Diebstahl nur dann begangen werden, wenn er durch die Entwendung benachteiligt werde, nicht aber, wenn durch die Entwendung eigene Rechte des Inhabers nicht gekränkt würden, wie etwa im Falle des unredlichen Besitzers. In gleicher Weise argumentiert das Preußische Obertribunal (3), wenn es ausführt, der Verlust des Gewahrsams könne an und für sich nicht als eine Vermögensbeschädigung und der Gewahrsamsinhaber deshalb in diesem Falle nicht als geschützt angesehen werden, wenn er unrechtmäßig begründet worden sei.

Diese differenzierende Betrachtungsweise stellt den Versuch dar, in den Gewahrsamsbegriff eine Wertung unter dem Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit des individuellen Inhaberinteresses hineinzutragen. Der Gewahrsamsbegriff ist jedoch - wie bereits gezeigt wurde - ein in Bezug auf Individualinteressen wertfreier Begriff. Die Wertneutralität des Gewahrsamsbegriffes ist umfassender Art und duldet keine Einschränkung in einzelnen Beziehungen. Es ist begrifflich nicht möglich, ein menschliches Interesse zum Teil als Rechtsgut, zum anderen Teil als Nichtrechtsgut anzusehen. Eine Solche Betrachtungsweise würde gegen den Grundsatz der Unteilbarkeit der Werte verstoßen. (4) Es überrascht daher nicht, daß eine derartig gekünstelte Auffassung vom Wesen des Gewahrsamsbegriffes, wie sie weit verbreitet ist, bei konsequenter Durchführung zu unhaltbaren

(1) § 247 Anm. 1o

(2) Vgl. GA 25, 177ff

(3) GA 12, 639ff, 641

(4) Die Teilung des Rechtsguts s c h u t z e s ist demgegenüber ohne weiteres möglich; so wird zum Beispiel das Eigentum u.a. in den Vorschriften über Diebstahl, furtum usus an Fahrzeugen und Sachbeschädigung geschützt.

Ergebnissen führen muß. Wollte man nämlich im Gewahrsam einen Begriff der Wertwelt sehen, so müßte man auf die ihm zugrunde liegende Berechtigung abstellen. Damit fiel zum Beispiel der unrechtmäßig begründete Gewahrsam aus dem Gewahrsamsbegriff des § 242 StGB heraus mit der unmöglichen Konsequenz, daß die in der tatsächlichen Herrschaft des Diebes befindliche Sache nicht gestohlen werden könnte. Wenn Diebstahl nämlich einen Angriff auf die Rechtsgüter Eigentum und Gewahrsam darstellt, so liegt in diesen Fällen eben nur ein Angriff auf das Rechtsgut Eigentum vor. Die Wegnahme einer im Gewahrsam des Diebes befindlichen Sache in Zueignungsabsicht könnte daher nur durch § 246 StGB erfaßt werden. Die völlig einheitliche Meinung geht aber gerade davon aus, daß auch der Dieb Gewahrsam an der Beute begründen und infolgedessen die Sache auch ihm gegenüber weggenommen werden kann. Man hat allerdings nicht erkannt, daß sich diese Auffassung nur vertreten läßt, wenn man im Gewahrsam ein Individualrechtsgut nicht sieht. (1)

- 2) Wie sich gezeigt hat, kann der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB unter dem Gesichtspunkt des Individualinteresses aus begrifflichen Gründen als Rechtsgut nicht angesehen werden. Damit ist jedoch die Unhaltbarkeit der These von der Rechts-gutsqualität des Gewahrsams noch nicht in vollem Umfange dargelegt. Es gilt jetzt, die Unrichtigkeit derjenigen in der Literatur verbreiteten Ansicht nachzuweisen, nach der der Gewahrsam sich vom Blickpunkt der Friedensordnung her als ein Rechtsgut des § 242 StGB darstellt. (2) Merkel (3) etwa führt nämlich aus, die Unterschlagung werde gegenüber dem Diebstahl

(1) Zutreffend jedoch RG 70,9: "... Wenn z.B. dem Dieb die gestohlene Sache wieder gestohlen wird, so fordert die Rechtsordnung, daß auch der zweite Dieb bestraft wird. Seinen tieferen Grund hat das nicht etwa darin, daß man die Belange des ersten Diebes schützen will, ..."

(2) Vgl. z.B. Merkel, Diebstahl und Unterschlagung S. 639; Leipziger Kommentar Vorb. X zu § 242; Bender S. 7,8; Roterling, Über den Gewahrsam S. 355

(3) a.a.O. S. 639

deshalb milder behandelt, weil der Diebstahl auch einen Eingriff in die Sphäre des Friedens enthalte. Jagusch (1) sieht im Gewahrsam ein Rechtsgut, das "gegen Störungen zu sichern im Interesse der rechtlichen Friedensordnung" liege. Dem Gewahrsam soll also nach den angeführten Meinungen deshalb die Eigenschaft eines Rechtsgutes zukommen, weil ein schutzwürdiges Interesse der Gesamtheit aller Staatsbürger daran bestehe, daß in die gegebenen tatsächlichen Zuordnungsverhältnisse nicht durch eigenmächtiges Handeln dritter Personen eingegriffen und dadurch der allgemeine Friede gestört wird. (2)

Die Betrachtungsweise, die den Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB unter diesem Gesichtspunkt als Rechtsgut behandelt, ist grundsätzlich verschieden von derjenigen Auffassung, die den Gewahrsam als ein Individualrechtsgut ansieht. Während diese den Gewahrsam als im Interesse des einzelnen Inhabers geschützt hält, erachtet jene die tatsächliche Sachherrschaft deshalb für geschützt, weil die Bejahung des Rechtsfriedens und die Verneinung jeglicher Eigenmächtigkeit unverzichtbare Voraussetzung für ein geordnetes Zusammenleben in der menschlichen Gemeinschaft bildeten. Da als Interessent bezüglich der Aufrechterhaltung des allgemeinen Friedens in erster Linie die Allgemeinheit anzusehen ist, stellt nach dieser Auffassung der Gewahrsam ein Rechtsgut der Allgemeinheit dar, wenn sich der Zustand von Ruhe und Ordnung letztlich auch zum Wohle des einzelnen auswirkt.

Folgt man dieser Lehre, so zeigt sich allerdings, daß bereits von ihrem Boden aus der Gewahrsam selbst nicht als der eigentliche vom Recht zu gewährleistende Wert anzusehen ist. Als weiteres Rechtsgut des Diebstahlstatbestandes stellt sich nach dieser Auffassung vielmehr neben dem Eigentum die Friedensidee dar, die ein nicht unwesentlicher Bestandteil unserer

(1) in Leipziger Kommentar Vorb. X zu § 242

(2) Vgl. auch H. Mayer, Zum Begriff der Wegnahme in JZ 1962, 618, der im Gewahrsam den sozial anerkannten, von der Gemeinschaft respektierten Friedenszustand sieht.

Wertwelt ist. Die störungsfreie Aufrechterhaltung der bestehenden Gewahrsamsverhältnisse ist von dieser Meinung her nur ein Mittel unter vielen, den auf mannigfache Weise angreifbaren Frieden innerhalb einer Gemeinschaft zu schützen. Der Gewahrsam selbst ist lediglich der äußere Anknüpfungspunkt für eine gesetzliche Regelung, die den Friedensschutz zum Ziel hat; durch das Merkmal des Gewahrsamsbruches wird nur die Begehungsweise für eine Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes Frieden gekennzeichnet. Nach allem kann daher selbst vom Standpunkt der zuletzt dargestellten Auffassung aus der Gewahrsam als solcher als ein Rechtsgut des § 242 StGB nicht angesehen werden.

Der Meinung, § 242 StGB schütze in Anknüpfung an die Gewahrsamsverhältnisse auch den Frieden, kann darüber hinaus bereits von ihrem Ausgangspunkt her nicht gefolgt werden. Sie läßt sich allerdings nicht mit der Begründung als unrichtig zurückweisen, eine Störung des allgemeinen Friedens sei mit der Begehung eines jeden Deliktes, mit der Verletzung eines jeden Rechtsgutes, sei es nun ein solches des einzelnen oder der Allgemeinheit, verbunden. Es ist zwar zutreffend, daß im Gefolge einer jeglichen Rechtsgutsverletzung eine gewisse Beeinträchtigung des allgemeinen Friedens als Reflexwirkung eintritt. Die angedeutete Auffassung stellt jedoch nicht auf diese allgemeine, auch mit der Eigentumsverletzung beim Diebstahl verbundene Friedensbeeinträchtigung ab; sie geht vielmehr davon aus, daß mit § 242 StGB eine spezifische strafrechtliche Friedensschutzvorschrift geschaffen sein soll.

Das erscheint jedoch aus zwei Gründen unzutreffend. Einmal müßte von dieser Auffassung her gefordert werden, daß der an die Gewahrsamsverhältnisse anknüpfende strafrechtliche Friedensschutz umfassend ist, d.h. daß dieser Schutz generell jeglichen Gewahrsamsbruch einbezieht. Es soll nicht verkannt werden, daß es in gewissen Fällen geboten erscheinen mag, ein Rechtsgut nur zu einem bestimmten Umfang oder nur gegen eine

bestimmte Art von Angriffen zu schützen. Ein Gesetzgeber, der sich nicht dem Vorwurf der Willkür aussetzen will, kann jedoch eine beschränkte strafrechtliche Sanktionierung der Verletzung eines Rechtsgutes nur dann anordnen, wenn rechtspolitische oder andere aus der Natur der Sache sich ergebende Gründe dies erfordern. Im Hinblick auf das Rechtsgut des Friedens könnten jedoch die in § 242 StGB aufgestellten Beschränkungen nicht als sachgerecht bezeichnet werden.

Jeder Gewahrsamsbruch, sei er nun zum Beispiel vom Eigentümer gegenüber einem unrechtmäßigen Gewahrsamsinhaber vorgenommen, sei er mit oder ohne Zueignungsabsicht erfolgt, ist nämlich geeignet, den Frieden zu stören und müßte infolgedessen bei konsequenter Durchführung der Grundauffassung, die im Diebstahl eine spezifische Friedensschutzvorschrift sieht, eine strafrechtliche Sanktion nach sich ziehen. Ebenso wie bei dem Besitzschutzanspruch des Zivilrechts dürfte es auch bei einem strafrechtlichen Friedensschutz nicht darauf ankommen, ob es der Eigentümer oder ein Nichtberechtigter ist, der die Sache an sich bringt. (1)

§ 242 StGB erfaßt jedoch nur einen Ausschnitt aller möglichen Fälle von Gewahrsamsbruch. Die Wegnahme einer Sache führt nach dem gesetzlichen Diebstahlstatbestand nämlich nur unter der Voraussetzung zu einer Bestrafung, daß der Täter in **Z u e i g n u n g s a b s i c h t** eine **f r e m d e** bewegliche Sache wegnimmt. Der vom Standpunkt der Friedensordnung in gleicher Weise zu gewährleistende Gewahrsam des Nichteigentümers kann vom Eigentümer jederzeit ohne strafrechtliche Sanktion gebrochen werden. Ebenso verhält es sich in dem Fall, daß der Täter nicht in Zueignungsabsicht, sondern etwa nur mit dem Vorsatz, eine Gebrauchsentwendung zu begehen, handelt.

(1) Entsprechend dem mit den Besitzschutzansprüchen verfolgten Ziel, den Rechtsfrieden zu sichern, gewährt das Zivilrecht Besitzschutzansprüche, ohne daß es auf das dem Besitzverhältnis zugrunde liegende Rechtsverhältnis ankommt. Vgl. etwa Palandt, Überbl. 2 a vor § 854

Wäre es das Ziel des Gesetzgebers gewesen, die an die Bewahrsamsverhältnisse anknüpfende Friedensordnung mit dem Schutz des Strafrechts auszustatten, so hätte es der Schaffung eines allgemeinen Tatbestandes des Gewahrsamsbruches bedurft. Als Vorbild hätte dabei die Regelung des furtum im römischen Recht dienen können, das nach der Definition des Paulus in L I § 3 D 47,2 die Fälle des furtum rei ipsius, des furtum possessionis mit dem Unterfall des furtum suae rei, wie des furtum usus umfaßte. (1) Da ein umfassendes Verbot des Gewahrsamsbruches etwa in Anlehnung an das römische furtum im deutschen Strafrecht nicht ausgesprochen ist, ist es nicht möglich, von einem spezifisch strafrechtlichen, durch § 242 StGB gewährleisteten Friedensschutz auszugehen..

Der weitere Grund, weshalb die Friedensidee nicht als ein Rechtsgut des § 242 StGB in Frage kommen kann, liegt in folgendem: Sähe man den Zweck des strafrechtlichen Gewahrsamschutzes in der Aufrechterhaltung des allgemeinen Friedens innerhalb der Gemeinschaft, so müßte man sich vergegenwärtigen, daß in gleicher Weise auch der Grund für den Besitzschutz des bürgerlichen Rechts aus der Idee des Rechtsfriedens herzuleiten ist. "Diese (Idee des Rechtsfriedens) verlangt im Interesse eines geordneten Zusammenlebens der Menschen eine strikte Aufrechterhaltung der jeweils bestehenden äußeren, tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen. Jede willkürliche Änderung oder Störung dieser einzelnen tatsächlichen Verhältnisse ist verpönt und sofort abzustellen." (2) Diese Meinung vom Wesen des Besitzes wird im Zivilrecht mit Ausnahme von Heck (3), der den Rechtsfriedensgedanken in diesem Zusammenhang ablehnt, ganz allgemein vertreten. (4)

(1) Vgl. Sauer, System des Strafrechts S. 26

(2) Staudinger, Kommentar zum BGB III. Bd Sachenrecht § 854 Vorb. 3

(3) Grundriß des Sachenrechts S. 12ff; vgl. dazu die Kritik von Rheinstein in JW 31,2897

(4) Vgl. u.a. Wolff-Raiser S. 52; Palandt, Überbl. v. § 854 2 b

Die rechtspolitischen Gründe, die sowohl dem zivilrechtlichen Besitz wie dem strafrechtlichen Gewahrsam von dieser Auffassung her zugrunde lägen, wären damit als identisch anzusehen.

(1) Strafrecht wie Zivilrecht schützte nach dieser Ansicht die Verteilung der Sachgüter unter die Herrschaft der Menschen, so wie sie tatsächlich besteht, um der Friedensidee willen. Die Anhänger dieser Auffassung müßten daher konsequenterweise auch die Begriffe des zivilrechtlichen Besitzes und des strafrechtlichen Gewahrsams als in vollem Umfang identisch behandeln, da beide Begriffe in ihren Augen sowohl von der Terminologie (§ 246 StGB) wie von der Funktion her völlig übereinstimmen. (2) Die Inkongruenz des Besitzbegriffes und des Gewahrsamsbegriffes, die von der völlig herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung anerkannt wird (3), läßt sich also nur von der Auffassung her erklären, die im Tatbestand des Diebstahls eine Vorschrift zum Schutze der Friedensordnung nicht sieht. (4)

(1) Bender a.a.O. S. 7

(2) Diese Auffassung wurde folgerichtig von Bekker (Der Besitz beweglicher Sachen S. 64) bereits im Jahre 1895, also fünf Jahre vor Inkrafttreten des BGB vertreten. Er war nämlich der Meinung, daß vor der Vereinheitlichung des Zivilrechts durch das BGB die Begriffe Besitz und Gewahrsam inhaltlich auseinanderfielen, äußerte jedoch die Ansicht, daß die Dinge nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches anders lägen. "Neben dem einheitlichen Strafrecht steht ein ebenso einheitliches Privatrecht, dessen Grundbegriffe ganz so wie jetzt schon die strafrechtlichen für ganz Deutschland ein und dieselben sein müssen. Und alsdann wird es schwer halten, stichhaltige Gründe dafür anzugeben, warum der zivilrechtliche Besitz (oder Gewahrsam) ein anderer zu sein habe als der strafrechtliche, warum ein gewisser Tatbestand ausreiche zur Begründung des strafrechtlichen Schutzes, aber nicht zu dem des zivilrechtlichen, oder umgekehrt des zivilrechtlichen, aber nicht des strafrechtlichen."

(3) Vgl. z.B. Schwarz, Kommentar zum StGB § 242 1 D; Maurach S. 178; vgl. ferner die oben auf S. 45 angegebene Literatur

(4) Die gleichen Überlegungen klingen auch in H. Mayers Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.7.1957 an (JZ 1958, 284), wenn es heißt, der Gewahrsamsbegriff biete unüberwindliche Schwierigkeiten, wenn man ihn als selbständiges Rechtsgut auffassen wolle, da man von dieser Auffassung aus nicht verstehen könne, warum der Gewahrsamsbegriff des Strafrechts und der Besitzbegriff des bürgerlichen Rechts auseinandergehen.

D. Die Funktion des Gewahrsamsbegriffes im Rahmen der §§ 242 und 246 StGB

Diebstahl und Unterschlagung haben nach der gesetzlichen Regelung des Strafgesetzbuches das gleiche Angriffsziel: das Eigentum. Dieses Rechtsgut allein wird in beiden Tatbeständen geschützt. Es mag gegen diese Auffassung eingewendet werden, daß es nicht recht verständlich sei, warum ein Gesetzgeber zum Schutze des gleichen Rechtsgutes mehrere Strafvorschriften erlassen sollte. (1) Darauf ist zu erwidern, daß es durchaus seine Berechtigung haben kann, daß ein Rechtsgut in mehreren gesetzlichen Vorschriften Schutz findet. Man denke etwa nur daran, daß das gleiche Rechtsgut in mehreren, voneinander völlig verschiedenen Beziehungen verletzt werden kann. In diesem Fall kann die Aufstellung mehrerer gesetzlicher Tatbestände, die dem Schutz des gleichen Rechtsgutes dienen, deshalb geboten sein, um die verschiedenen Begehungsweisen der strafwürdigen Verletzungen zu umschreiben. Es ist ferner denkbar, daß auf ein und dasselbe Rechtsgut Angriffe von verschiedener Schwere sowohl hinsichtlich des Schuldvorwurfes wie des Ausmaßes der Gutsbeeinträchtigung möglich sind, so daß sich im Hinblick auf eine gebotene Differenzierung bezüglich der Strafrahmen die Notwendigkeit der gesetzlichen Normierung in verschiedene Tatbestände nicht von der Hand weisen läßt. Schließlich kann die Kombination dieser beiden Gesichtspunkte die Strafbewehrung des gleichen Rechtsgutes in verschiedenen Vorschriften erforderlich werden lassen.

Die zuletzt dargestellte Überlegung ist der Gesichtspunkt, von dem aus das Nebeneinander von Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand trotz Identität des verletzten Rechtsgutes zu verstehen ist. In beiden Vorschriften werden Angriffe von unterschiedlicher Begehungsweise und verschiedener Schwere auf das gleiche Rechtsgut, das Eigentum, umschrieben.

(1) Vgl. Allfeld-Meyer S. 442; Roterberg, Über den Gewahrsam 1.S. des § 242 StGB GS 35,351; ebenso BGH 10,400

Zunächst soll aufgezeigt werden, daß es sich bei den gesetzlichen Tatbeständen des Diebstahls und der Unterschlagung lediglich um verschiedene Formen des Angriffs auf das gleiche Rechtsgut handelt. Zu diesem Zweck hat man sich zu vergegenwärtigen, daß das Rechtsgut Eigentum als allgemeine Idee von einem Dritten im Grunde nicht verletzt werden kann. Ein Dritter ist lediglich in der Lage, in die in der Eigentumsidee erfaßten Vorteile tatsächlicher Art einzugreifen. Die Möglichkeiten der Einwirkung auf die Stellung des Eigentümers im tatsächlichen Bereich bestehen darin, daß der Angreifer entweder die Sache ihrer Substanz nach zerstört (§ 303 StGB), daß er die sich aus der Eigentümerstellung ergebenden Gebrauchsvorteile vorübergehend einschränkt (§ 248 b StGB) oder daß er dem Eigentümer die Sache ihrer Substanz oder ihrem spezifischen Wert nach auf Dauer entzieht (§§ 242 und 246 StGB).

Im Falle des Sachsubstanz- oder Sachwertentzuges mit dauernder Nachteilswirkung für den Eigentümer ist zu unterscheiden, in wessen tatsächlicher Herrschaft sich die Sache befindet. Ist die Sache dem Täter bereits im tatsächlichen Bereich zugeordnet, so erfolgt die Entziehung auf Dauer dadurch, daß der Täter die Sache nach außen erkennbar endgültig in sein Vermögen einverleibt. Das Gesetz spricht in diesem Falle von Zueignung.

Befindet sich die Sache dagegen in der tatsächlichen Herrschaft eines anderen, so kann der Eigentumsangriff nur mittels Wegnahme erfolgen. Da der durch die Wegnahme umschriebene Eigentumsangriff jedoch nicht das Merkmal des Dauerentzuges mitenthält, hat der Gesetzgeber, der aus rechtspolitischen Gründen nicht jede vorübergehende Gebrauchsentwendung pönalisieren will, in den Straftatbestand ein Element aufzunehmen, das die Subsumtion solcher Sachverhalte ausschließt, bei denen eine endgültige Eingliederung der Sache in das Vermögen des Täters nicht bezweckt ist. Dies ist in § 242 StGB durch die Aufnahme des Erfordernisses der Zueignungsabsicht erreicht

worden. Die Aufnahme des Zueignungselementes in die subjektive Seite ist deshalb ausreichend, weil durch das Merkmal der Wegnahme der Eigentumsangriff in objektiver Hinsicht bereits umschrieben ist. Es ist somit auch geklärt, warum der Tatbestand des § 246 StGB ein "Zueignen", der Tatbestand des § 242 StGB dagegen eine "Zueignungsabsicht" erfordert. In beiden Vorschriften ist derjenige Eigentumsangriff erfaßt, der in einem Entzug der Sache mit dauernder Nachteilswirkung für den Eigentümer besteht; während jedoch der objektive Eigentumsangriff bei der Unterschlagung durch das Tatbestandsmerkmal der Zueignung umschrieben ist, hat er beim Diebstahl in dem Tatbestandsmerkmal der Wegnahme, d.h. im Gewahrsamsbruch seinen Ausdruck gefunden. (1) Dem Gewahrsam kommt insofern im Verhältnis zwischen Diebstahl und Unterschlagung nur systematische Bedeutung zu.

Die Verschiedenartigkeit der Begehungsformen des Eigentumsangriffes bei Diebstahl und Unterschlagung bedingt, daß das Verhalten des Rechtsbrechers in Bezug auf seine Strafwürdigkeit unterschiedlich zu beurteilen ist, je nach dem ob er den Eigentumsangriff in der Form des § 242 oder der des § 246 StGB ausführt. Wie es sich zeigt, erfordert der Diebstahl als das durch die Wegnahme in der Begehungsweise gekennzeichnete Eigentumsdelikt gegenüber dem Eigentumsangriff bei der Unterschlagung eine verstärkte Reaktion des Strafrechts. Daraus erklärt es sich, daß der Diebstahl mit einer Gefängnisstrafe von einem Tag bis zu fünf Jahren bedroht ist, während das Gesetz für den Fall der einfachen Unterschlagung (§ 246 I 1. Alternative StGB) nur einen Strafraum von einem Tag bis zu drei Jahren Gefängnis vorsieht.

(1) Ähnlich auch Reber, Die Antragsdelikte des deutschen Strafrechts S. 389 "Allein die Wegnahme bezweckt nicht einen Eingriff in das Detentionsrecht, welcher nur das Mittel zum Zwecke ist, sondern die Zueignung, d.h. die faktische Erlangung derjenigen vollen Dispositionsbefugnis über die weggenommene Sache, welche nur dem Eigentümer zusteht."

Die Umstände, die den Diebstahl gegenüber der einfachen Unterschlagung als eine qualifizierte Form der Eigentumsverletzung erscheinen lassen, sind nicht auf der Seite des verletzten Eigentümers zu suchen, wie sich daraus ergibt, daß es sich in beiden Fällen um einen Angriff gleichen Ausmaßes auf das gleiche Rechtsgut handelt; sie liegen vielmehr auf der Seite des Täters. Derjenige, der einen Eigentumsangriff mittels Wegnahme begeht, wendet eine höhere kriminelle Energie auf als derjenige, der sich eine Sache zueignet, die er bereits im Gewahrsam hat. Während sich nämlich bei der Unterschlagung die Handlung intern im Bereich des Täters abspielt, dringt der Täter beim Diebstahl nach außen in einen fremden Bereich ein. Daraus läßt sich die verschiedenartige innere Einstellung des Täters bei Diebstahl und Unterschlagung ableiten, die eine strengere Bestrafung des Diebes fordert. Um sich Sachen zuzueignen, die man bereits innehat, ist eine besondere Verwegenheit nicht erforderlich. Dagegen muß derjenige, der einen Diebstahl begeht, zunächst die Hemmungen überwinden, die normalerweise jeder bei einem Eingriff in einen fremden Herrschaftsbereich hat; er muß sich über die Bedenken hinwegsetzen, die darin bestehen, daß die stete Gefahr der Entdeckung im Gegensatz zur Unterschlagung in verstärktem Maße droht. (1)

(1) Vgl. auch Zuckermann, Die Entwicklung des Gewahrsamsbegriffes S. 31

An dieser Stelle wird nochmals deutlich, warum bei der Auslegung des Begriffes Wegnahme nicht auf den Willen des Gewahrsamsinhabers abgestellt werden kann. Vom Standpunkt des Täters aus ist es allein ausschlaggebend, ob sich der Inhaber in einem solchen Gewaltverhältnis zur Sache befindet, daß es der Aufbietung besonderer krimineller Energie bedarf, um in diesen Bereich einzudringen. Ob die tatsächliche Herrschaft auch mit Wissen und Willen des Inhabers besteht, entzieht sich in aller Regel der Kenntnis des Täters. Die Qualifizierung in der Begehungsweise des Eigentumsangriffes beim Diebstahl liegt nicht darin, daß der Täter gegen den Willen des Inhabers handelt, sondern darin, daß er nicht davor zurückschreckt, in den näheren persönlichen Bereich eines Dritten einzugreifen. Abzulehnen ist daher die Auffassung Doerr's, (Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen S. 23 Anm. 7) der Dieb sei regelmäßig deshalb schwerer zu bestrafen als der Unterschlagende, da er sich außer dem Eigentumsangriff noch einen Eingriff in die

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden: Dem Begriff des Gewahrsams in § 242 StGB kommt allein systematische Bedeutung bei der Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung zu. Der tiefere rechtspolitische Grund für die Aufstellung des Merkmals des Gewahrsamsbruches liegt nicht etwa darin, daß es sich beim Gewahrsam um ein weiteres Rechtsgut handelt, sondern darin, daß der Eigentumsangriff mittels Gewahrsamsbruchs eine gegenüber der Unterschlagung erhöhte verbrecherische Intensität erfordert. (1)

-
- Willenssphäre des anderen zuschulden kommen lasse. Desgleichen Merkel, Diebstahl und Unterschlagung S. 639
- (1) Im Ergebnis ebenso: Schönke-Schröder § 242 I; v.Bar, Über die rechtliche Natur des Strafantrages S. 649; Dochow, Die Antragsdelikte im Reichsstrafrecht S. 265; Binding, Lehrbuch I. Band S. 245; H. Mayer, Anm. zum BGH-Urteil v. 26.7.1957 in JZ 58,284

Zweiter Teil

I. Vorbemerkungen

Nachdem im ersten Teil der Arbeit der Nachweis erbracht wurde, daß der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB entgegen der noch als herrschend zu bezeichnenden Meinung nicht als Rechtsgut angesehen werden kann, soll im folgenden aufgezeigt werden, welche praktischen Konsequenzen diese Feststellung nach sich zieht.

Man wird davon ausgehen dürfen, daß eine derartig grobe Ver-
kennung des Schutzzweckes einer strafrechtlichen Bestimmung,
wie sie im Hinblick auf § 242 StGB weit verbreitet ist, eine
Reihe falscher Schlußfolgerungen bedingt, die es nunmehr
richtigzustellen gilt. Diese Vermutung gründet sich darauf,
daß die Frage nach dem Rechtsgut eines Straftatbestandes von
weitreichender Bedeutung ist. Der Begriff des Rechtsgutes
ist nicht nur unentbehrliches Hilfsmittel zur systematischen
Erfassung und Auslegung der gesetzlichen Vorschriften. Er
ist darüber hinaus auch von Wichtigkeit bei der Beurteilung
der Frage, ob eine strafbare Handlung durch Notwehr gerecht-
fertigt ist; außerdem kommt ihm Bedeutung zu im Zusammenhang
mit der Frage nach der Rechtfertigung einer strafbaren Hand-
lung infolge Einwilligung. Schließlich spielt der Rechts-
gutsbegriff in einer Reihe von Vorschriften des Strafprozeß-
rechts im Zusammenhang mit der Bestimmung des Verletztenbe-
griffs eine entscheidende Rolle.

Der Rahmen der sich anschließenden Untersuchung ist daher

wie folgt abzustecken: Zunächst sind die Fragen zu erörtern, die sich im Zusammenhang mit dem Notwehrrecht des Gewahrsamsinhabers und der Beachtlichkeit eines der Wegnahme zustimmenden Willens des Gewahrsamsinhabers ergeben; daraufhin soll auf die Zusammenhänge eingegangen werden, die zwischen den Begriffen Rechtsgut und Verletzter im Sinne des Strafprozeßrechts bestehen.

II. Die Auswirkungen der hier vertretenen Meinung auf die Fragen, ob dem Gewahrsamsinhaber das Notwehrrecht zusteht und wie ein der Wegnahmehandlung zustimmender Wille des Gewahrsamsinhabers rechtlich zu beurteilen ist

Als durch Notwehr gerechtfertigt bezeichnet das Gesetz diejenige Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren (§ 53 II StGB). Die Verknüpfung von Notwehrrecht und Rechtsgutsbegriff folgt daraus, daß unter Angriff jede Gefährdung schutzwürdiger menschlicher Interessen, d.h. also jede Gefährdung von Rechtsgütern zu verstehen ist. Da der Gewahrsam als solcher aus den im ersten Teil der Arbeit dargelegten Gründen ein Rechtsgut nicht sein kann, kann dem Gewahrsamsinhaber die Notwehrbefugnis bei ausschließlich auf den Gewahrsam erfolgenden Angriffen nicht zugesprochen werden. Lediglich der Gewahrsamsinhaber, der zugleich dinglich oder obligatorisch Berechtigter hinsichtlich der Sache ist, ist zur Notwehr befugt, da in diesen Fällen rechtlich geschützte Interessen bedroht sind. Diese Betrachtungsweise führt im Ergebnis allerdings nicht dazu, daß der in keiner Beziehung berechnigte Gewahrsamsinhaber, also etwa der Dieb, die Wegnahme der Sache durch jeden Dritten zu dulden habe. Soweit der Gewahrsamsinhaber zugleich den zivilrechtlichen Besitz an der Sache hat - was in der Regel der Fall sein wird - , darf er sich im Interesse der Aufrechterhaltung des Friedens und nicht etwa in Verteidigung eigener schützenswerter In-

teressen gemäß § 859 BGB der verbotenen Eigenmacht erwehren. (1)

Die Verknüpfung des Rechtsgutsbegriffes mit dem Institut der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ist unverkennbar. Bestimmt man als das Rechtsgut einer gesetzlichen Vorschrift das menschliche Interesse, das durch die Vorschrift geschützt wird (2), so folgt daraus die grundsätzliche Möglichkeit, daß durch Wegfall des Interesses im Einzelfall auch die strafrechtliche Reaktion trotz Verwirklichung des äußeren Tatbestandes zu unterbleiben hat. Um einen solchen Fall des Fehlens des konkreten Interesses handelt es sich bei der Einwilligung; durch sie wird das Unrecht einer Tat infolge Interessemangels beseitigt. (3)

Aus der Bestimmung der Einwilligung als einem Interessenverzicht läßt sich herleiten, welche Voraussetzungen an die Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung zu knüpfen sind. Aus der Überlegung, daß ein Interessenverzicht nur vom Interessenten selbst erfolgen kann, ergibt sich, daß eine wirksame Einwilligung nur von demjenigen abgegeben werden kann, dessen Interesse gerade geschützt wird, d.h. also vom Träger des Rechtsgutes der betreffenden Vorschrift. (4) Wo öffentliche Interessen durch die Vorschrift geschützt werden, ist eine Einwilligung des individuell Mitbetroffenen als Rechtfertigungsgrund wirkungslos. Ebenso ergibt sich, daß auch ein Dritter, der durch die strafbare Handlung in irgendeiner entfernten Weise in Mitleidenschaft gezogen wird, aber nicht selbst Träger des Rechtsgutes der Vorschrift ist, in die Verletzung nicht wirksam einwilligen kann. Wenn also bei der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund die Zustimmung des Verletzten verlangt wird, so kann unter dem Verletzten in diesem Zusammenhang nur der Träger des durch die Vorschrift geschütz-

(1) Vgl. RGSt 60, 278

(2) Vgl. oben S. 24

(3) Mezger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 208

(4) Welzel, Deutsches Strafrecht S. 87; Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung S. 49

ten Rechtsgutes verstanden werden. Als solcher kommt beim Diebstahl richtiger Auffassung nach lediglich der Eigentümer, nicht auch der Gewahrsamsinhaber in Betracht. Da dem Gewahrsamsinhaber durch § 242 StGB strafrechtlicher Schutz nicht gewährt wird, ist er infolgedessen auch nicht in der Lage, auf ihn zu verzichten. Einer Zustimmung des Gewahrsamsinhabers zu einer Handlung gemäß § 242 StGB kann daher nicht die Bedeutung eines Rechtfertigungsgrundes zukommen.

Die Meinung, die auch im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB erblickt, kann den Diebstahl bei Personenverschiedenheit von Gewahrsamsinhaber und Eigentümer folgerichtig nur dann für gerechtfertigt halten, wenn sowohl Gewahrsamsinhaber wie Eigentümer ihre Einwilligung erklärt haben. (1) Diese Auffassung geht nicht nur von einem unrichtigen Ausgangspunkt aus, sie führt auch zu unangemessenen Ergebnissen. Fordert man, daß zur Rechtfertigung des Diebstahls die Einwilligung sowohl des Eigentümers wie des Gewahrsamsinhabers vorliegen muß, so wäre auch in dem Fall, daß der Eigentümer einwilligt, der Inhaber des möglicherweise unrechtmäßig begründeten Gewahrsams jedoch nicht, derjenige, der die Sache wegnimmt, wegen Diebstahls strafbar. Man stelle sich vor: die Wegnahme der Beute aus dem Gewahrsam des Diebes mit Einwilligung des Eigentümers ist Diebstahl! Auch im umgekehrten Fall, daß nämlich der Gewahrsamsinhaber, nicht dagegen der Eigentümer in die Tat einwilligt, ist das Ergebnis nach dieser Auffassung unbefriedigend: der mit Einwilligung des Gewahrsamsinhabers sich die Sache zueignende Täter begeht einen Diebstahl.

Zu vernünftigen Ergebnissen gelangt man nur, wenn man das Eigentum als das alleinige Rechtsgut des § 242 StGB ansieht. Für die Rechtfertigung infolge Einwilligung kommt es danach

(1) So etwa Gerland, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafrechts S. 568; Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil S. 267; vgl. auch Eckhardt, Controversen in der Lehre vom Diebstahl S. 35

allein auf den zustimmenden Willen des Eigentümers an. Willt dieser ein, so ist der Diebstahl gerechtfertigt, auch wenn sich die Sache im Gewahrsam eines Dritten befindet. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß auch der Zustimmung des Gewahrsamsinhabers zur Wegnahme nicht jeglicher Einfluß auf die Bestrafung des Täters zu versagen ist. Stimmt der Inhaber der Sache der Handlung des zum Eigentumsangriff entschlossenen Täters zu, so kann nicht mehr von einer Wegnahme der Sache gesprochen werden und der Täter ist infolgedessen wegen Unterschlagung zu bestrafen. (1) Die Beachtlichkeit der Zustimmung des Gewahrsamsinhabers in diesem Rahmen ergibt sich jedoch nicht aus dem Gesichtspunkt des Verzichtes auf den Strafrechtsschutz, sondern daraus, daß durch die Zustimmung bereits der Tatbestand des § 242 StGB entfällt.

Der den Tatbestand beseitigende zustimmende Wille eines Dritten ist wegen seiner unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen deutlich von der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund zu unterscheiden und es empfiehlt sich zur Vermeidung von Verwechslungen im Anschluß an eine Reihe von Stimmen in der Literatur (2) ihn auch terminologisch durch die Bezeichnung als Einverständnis gegenüber der rechtfertigenden Einwilligung abzuheben. Während die Einwilligung als ein von der Willenserklärung des bürgerlichen Rechts zwar verschiedener, jedoch rechtlich erheblicher Wille mit unrechtsausschließender Wirkung gewohnheitsrechtlich Anerkennung gefunden hat, schließt demgegenüber das Einverständnis als rein tatsächlicher zustimmender Wille des Betroffenen bereits die tatbestandliche Verwirklichung aus. Ein Einverständnis kann daher immer nur dort abgegeben werden, wo der Tatbestand ausdrücklich oder stillschweigend voraussetzt, daß der Täter ohne oder gegen den Willen einer Person handelt. Daß das Einverständnis auch vom Träger des Rechtsgutes erklärt sein muß, kann im Ge-

(1) Im Ergebnis ebenso: Geyer, Grundriß S. 44

(2) Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht in GA 54, 262; Welzel S. 86; Mezger S. 214

gensatz zur Einwilligung nicht gefordert werden. Während bei der Einwilligung nämlich eine logisch-notwendige Verknüpfung mit dem Rechtsgut besteht (1), ist dies beim Einverständnis nicht der Fall. Es handelt sich zwar in vielen Fällen bei demjenigen, dessen Einverständnis den Tatbestand ausschließt, auch um den Träger des Rechtsgutes der betreffenden Vorschrift.

(2) Es ist aber möglich, daß auch eine dritte Person, die selbst nicht oder nicht allein durch die Vorschrift geschützt wird, den Tatbestand durch einen der Handlung zustimmenden Willen beseitigen kann, falls vom Gesetz ein Handeln gegen oder ohne den Willen dieser Person vorausgesetzt wird. (3)

Der Gewahrsamsinhaber hat es beim Diebstahl damit nicht in der Hand, eine Beseitigung der Strafbarkeit des Täters in jeder Beziehung herbeizuführen; das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers hat nur insofern Bedeutung, als es die Begehungsweise des Eigentumsangriffes bestimmt.

III. Die Auswirkungen der hier vertretenen Auffassung auf die Frage, wer als der durch den Diebstahl Verletzte anzusehen ist

- 1) Wie sich gezeigt hat, kann im Zusammenhang mit dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung nur derjenige als der einwilligungsberechtigte Verletzte angesehen werden, der Träger des Rechtsgutes des verwirklichten Tatbestandes ist. Damit steht aber noch nicht fest, ob auch in allen übrigen Fällen, in denen nach gesetzlicher Vorschrift dem Begriff des Verletzten besondere Bedeutung zukommt (4), ausschließlich der

(1) Vgl. oben S. 67

(2) Vgl. z.B. die §§ 123, 234, 235, 239 und 240 StGB

(3) Ob man außer in § 242 StGB in den §§ 114, 174, 175a Ziff. 2, 176 Ziff. 1, 177 1. Alt., 182, 249, 253 und 255 StGB weitere Beispiele hierfür sehen will, hängt davon ab, was man im Einzelfall für das Rechtsgut dieser Bestimmungen hält.

(4) Der Verletztenbegriff hat in den verschiedensten Vorschriften des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer strafrechtlicher Gesetze Eingang gefunden. In diesem Zusammenhang sind folgende Bestimmungen von

Träger des Rechtsgutes als der durch eine bestimmte strafbare Handlung Verletzte anzusprechen ist oder ob der Begriff des

Interesse:

Wer einen Diebstahl gegen Angehörige, den Vormund oder den Erzieher begeht, ist nur auf Antrag des Verletzten zu verfolgen (§ 247 I Satz 1 1. Alternative, § 65 StGB).

Wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnis steht oder in deren häuslicher Gemeinschaft er sich als Gesinde befindet, ist ebenfalls nur auf Antrag des Verletzten zu verfolgen (§ 247 I Satz 1 2. Alternative, § 65 StGB).

Wird durch einen von einem Verwandten aufsteigender Linie verübten Diebstahl ein Verwandter absteigender Linie verletzt, so bleibt der Täter straflos; das gleiche gilt im Verhältnis zwischen Ehegatten (§ 247 II StGB).

Wer aus Not einen Diebstahl an geringwertigen Gegenständen begeht, wird nur auf Antrag des Verletzten strafrechtlich verfolgt (§ 248 a, § 65 StGB).

Wer einen sog. "Mundraub" gemäß § 370 Ziff. 5 begeht, ist nur auf Antrag des Verletzten zu verfolgen (§ 370 II, § 65 StGB).

Ist ein Richter durch einen von ihm abzuurteilenden Diebstahl verletzt worden, so ist er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 22 Ziff. 1 StPO).

Das gleiche gilt, wenn der Richter der Ehegatte oder der Vormund des Verletzten ist (§ 21 Ziff. 2 StPO).

Der Richter ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn er in dem in § 22 Ziff. 3 StPO näher bezeichneten Verhältnis der Verwandtschaft oder Schwägerschaft zum Verletzten steht.

Für die Ausschließung eines verletzten Sachverständigen gelten die gleichen Bestimmungen (§ 74 I 1 StPO).

Von der Vereidigung eines durch den Diebstahl verletzten Zeugen kann nach Ermessen des Gerichts abgesehen werden; gleiches gilt für die Angehörigen des Verletzten im Sinne des § 52 I StPO (§ 61 Ziff. 2 StPO).

Beschlagnahmte Gegenstände, die dem Verletzten durch den Diebstahl entzogen wurden, sind nach Maßgabe des § 111 StPO zurückzugewähren.

Dem durch den Diebstahl Verletzten steht gemäß § 172 StPO die Möglichkeit der Klageerzwingung offen.

Der durch den Diebstahl Verletzte, der die öffentliche Klage gemäß § 172 StPO erzwungen hat, ist berechtigt, sich dem Verfahren als Nebenkläger anzuschließen (§ 395 II 2 StPO).

Der durch den Diebstahl Verletzte hat die Möglichkeit, die ihm erwachsenen vermögensrechtlichen Ansprüche gegen den Angeklagten nach Maßgabe der §§ 403ff StPO im Strafverfahren geltend zu machen.

Gemäß § 48 II 1 JGG ist dem durch einen Diebstahl Verletzten die Anwesenheit in der Hauptverhandlung gegen einen jugendlichen Täter zu gestatten.

Verletzten nicht durch andere, weitergefaßte Merkmale, wie etwa dem Erfordernis eines Vermögensschadens im wirtschaftlichen Sinne, bestimmt wird.

Die Erheblichkeit dieser Frage ist in diesem Zusammenhang nicht von der Hand zu weisen. Kommt als der Verletzte einer strafbaren Handlung ganz allgemein nur der Träger des Rechtsgutes des verwirklichten Tatbestandes in Betracht, so kann der Gewahrsamsinhaber beim Diebstahl nicht den Anspruch erheben, als der Verletzte behandelt zu werden. Wird die Verletzteneigenschaft dagegen durch andere Merkmale bestimmt, so scheidet der Gewahrsamsinhaber nicht bereits deshalb als der durch den Diebstahl Verletzte aus, weil er nicht in einem Rechtsgut beeinträchtigt wird.

Die Frage, wie die Grenzen des Verletztenbegriffes zu ziehen sind, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Der Ansicht, die für einzelne Vorschriften eine größtmögliche Ausdehnung des Verletztenbegriffes erstrebt, um im Einzelfall die Verletzteneigenschaft noch bejahen zu können, stehen die Stimmen gegenüber, die vor einer Ausuferung der Verletzteneigenschaft und der damit verbundenen Unklarheit und Unsicherheit warnen. In diesem Zusammenhang ist die Unterscheidung zweier Meinungen erforderlich.

Nach der einen Auffassung kann Verletzter nur der sein, der in einem Rechtsgut beeinträchtigt wird. (1) Innerhalb dieser Meinung werden zwei verschiedene Richtungen vertreten. Einmal wird Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung in dem Sinne gefordert, daß die eingetretene Gutsverletzung dem begangenen Delikt immanent sein müsse. In diesem Sinne äußert sich etwa das Reichsgericht (2), wenn es ausführt, ein unmittelbarer Eingriff in die Rechte eines Dritten läge stets dann vor, wenn die Handlung gegen ein Rechtsgut des Dritten

(1) Vgl. z.B. FrühR, Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl S. 60

(2) RG 69, 108

gerichtet sei und die Strafvorschrift unmittelbar dem Schutze des Dritten diene. Nach der anderen Auffassung, die ebenfalls an der Voraussetzung der Rechtsgutsverletzung zur Begründung der Verletzteneigenschaft festhält, muß als Verletzter jeder angesehen werden, der in einem Rechtsgut betroffen wird, ohne Rücksicht darauf, ob das Strafgesetz, gegen das verstoßen wurde, gerade seinem Schutz diene oder nicht. Danach soll auch jede mittelbare Rechtsgutsverletzung für die Begründung der Verletzteneigenschaft ausreichen. So will etwa Eb. Schmidt (1) im Sinne des § 22 StPO jeden als verletzt ansehen, der durch die Straftat in seinem rechtlich geschützten Interesse beeinträchtigt wird, gleichgültig, ob diese Beeinträchtigung mittelbarer oder unmittelbarer Natur ist. Verschiedentlich wird sogar soweit gegangen, daß auch die Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit für ausreichend angesehen wird, um die Verletzteneigenschaft eines einzelnen zu begründen. So führt Löwe-Rosenberg (2) aus, es bestünden keine Bedenken dagegen, einem durch die Tat unmittelbar Betroffenen das Erzwingungsverfahren auch dort zuzubilligen, wo die verletzte Gesetzesbestimmung dem Schutz des staatlichen Interesses diene. (3)

Soweit die Meinungen, die den Begriff des Verletzten in irgendeiner Form am Rechtsgut orientieren. Ohne Rücksicht darauf, ob man einen unmittelbaren Eingriff in das Rechtsgut fordert oder eine mittelbare Beeinträchtigung als ausreichend ansieht, kann von diesem Standpunkt aus der Gewahrsamsinhaber beim Diebstahl nach der hier vertretenen Auffassung, daß der Gewahrsam ein Rechtsgut nicht ist, als Verletzter nicht betrachtet werden.

Eine andere Ansicht leugnet jedoch den inneren Zusammenhang zwischen den Begriffen Verletzter und Rechtsgut. Nach ihr

(1) § 22 Erl. 5; ebenso Bennecke-Beling S. 484

(2) § 172 Anm. 7 b

(3) Vgl. auch Bauer in JZ 1953, 298

ist jeder verletzt, der durch die strafbare Handlung i r g e n d w i e b e e i n t r ä c h t i g t wird. Im Rahmen des § 172 StPO führt das OLG Bremen in seinem Beschluß vom 18.10.1950 aus, Verletzter sei jeder, dessen eigene Rechtssphäre durch die behauptete strafbare Handlung berührt worden sei. (1) Auch die Entscheidung des OLG Hamburg vom 23. 12.1929 (2), nach der bei Abtreibungshandlungen an einer Ehefrau gegen den Willen des Ehemannes dieser im Sinne von § 172 StPO als verletzt anzusehen ist, kann nur von dieser Sicht aus erklärt werden, da ein Rechtsgut "Schutz der ehelichen Nachkommenschaft", in dem der Ehemann verletzt sein könnte, nicht besteht. Auf gleicher Linie liegen die zahlreichen Entscheidungen, die die Verletzteneigenschaft der Eltern im Falle der Tötung eines Kindes bejahen. (3) Vom Standpunkt dieser Auffassung aus könnte möglicherweise auch der Gewahrsamsinhaber beim Diebstahl als der Verletzte anzusehen sein, obwohl es sich bei ihm nicht um denjenigen handelt, dessen Interesse in § 242 StGB geschützt wird.

Im folgenden soll anhand der einzelnen Bestimmungen, in denen das Gesetz an den Verletztenbegriff bestimmte Rechtsfolgen knüpft, untersucht werden, ob der Gewahrsamsinhaber als der Verletzte im Sinne der jeweiligen Vorschrift betrachtet werden kann. Dabei wird sich zeigen, daß mit Ausnahme der §§ 111 und 403 StPO die Verletzteneigenschaft in innerer Abhängigkeit zum Rechtsgut des verwirklichten Tatbestandes steht.

- 2) Nach § 247 I StGB ist der Diebstahl dann Antragsdelikt, wenn er gegen Angehörige oder andere näher bezeichnete Personen erfolgt, zu denen der Täter in einem engen persönlichen Verhältnis steht. Dieser Regelung ist zu entnehmen, daß der Angehörige, auf dessen Antrag hin die strafrechtliche Verfolgung zulässig ist, der als durch den Diebstahl Verletzte

(1) NJW 1950, 960

(2) GA 74, 314

(3) Vgl. z.B. den Beschluß des OLG Hamburg vom 31.8.1955 in NJW 1955, 1770

erscheinen muß.

Die Erhebung des Diebstahls zum Antragsdelikt stellt eine Privilegierung dar, deren Grund in der nahen Beziehung zwischen Täter und Opfer liegt. (1) Die Strafsanktion des § 242 StGB soll unter bestimmten Umständen nicht automatisch und möglicherweise gegen den Willen des Geschützten Platz greifen, wenn von ihr jemand betroffen würde, der in einem engen und persönlichen Verhältnis zum Geschützten steht. Das Gesetz trägt damit den widerstreitenden Interessen auf Seiten der durch § 242 StGB geschützten Person Rechnung: einerseits das rechtlich anerkannte Interesse hinsichtlich der eigenen Sache, andererseits das Interesse am Wohlergehen nahestehender Personen. Starrheit des mit § 242 StGB angestrebten Schutzes würde in dieser Situation keine Wohltat für den Geschützten sein, sie könnte für ihn im Gegenteil möglicherweise einen größeren Nachteil bedeuten als die sanktionslose Verletzung des an sich gewährleisteten Gutes. Das Gesetz räumt dem geschützten Angehörigen daher in § 247 I StGB die Möglichkeit ein, die widerstreitenden Interessen selbst abzuwägen. Stellt das Opfer der Tat einen Strafantrag nicht, so handelt es sich im Grunde um einen Interessenverzicht zugunsten eines höher empfundenen Interesses, der im Gegensatz zur rechtfertigenden Einwilligung nachträglich erfolgt und mit anderen Rechtsfolgen ausgestattet ist.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß der Verzicht nur vom Träger des Rechtsgutes, d.h. also vom Eigentümer geleistet werden kann. Die strikte Beschränkung der Verletzteneigenschaft auf den Träger des Rechtsgutes entspricht auch allein der praktischen Notwendigkeit. Würde man immer dann von dem Antragserfordernis Abstand nehmen, wenn neben dem Eigentümer dritte Personen im weiteren Sinne durch den Diebstahl in irgendeiner Weise betroffen sind, so wäre die Privilegierung des

(1) Frank § 247 I.

§ 247 I StGB in zahlreichen Fällen gegenstandslos; hinzukommt, daß in diesem Fall sachgerechte Abgrenzungskriterien nicht aufzufinden sind. (1)

Die Meinung, die auch den Gewahrsam als ein Rechtsgut des § 242 StGB und infolgedessen den Gewahrsamsinhaber als Verletzten im Sinne des § 247 I StGB ansieht (2), führt zu unbefriedigenden Ergebnissen; ebenso die Auffassung, die ausschließlich den Gewahrsamsinhaber als den Verletzten betrachtet. (3) Stiehlt zum Beispiel der Angehörige eines Bestohlenen dessen Sache aus dem Gewahrsam des Diebes, so wäre der Täter von Amts wegen zu verfolgen, da nach dieser Auffassung auch ein Dritter, der nicht Angehöriger ist, verletzt ist. Dem Sinn des Gesetzes, dem Geschützten zugunsten der ihm nahestehenden Personen die Möglichkeit des nachträglichen Interessenverzichtes zu gewähren, wird damit in keiner Weise Rechnung getragen. (4).

-
- (1) Im Ergebnis ebenso: Schönke-Schröder § 247 II 3; Frühß, Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl S. 60; v.Bar, Über die rechtliche Natur des Strafantrages S. 649ff; Rüdorff, Kommentar zum StGB Anm. 2 zu § 247; Schwarze, Einige Bemerkungen über den Strafantrag des Verletzten in GS 25,183; Merkel, Diebstahl und Unterschlagung S. 712
 - (2) Leipziger Kommentar § 247 3 d; Maurach S. 202; Mezger, Studienbuch II S. 136; Wulffen, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich § 247; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahrensrecht § 247 Ziff. 2; Kohlrausch-Lange, Bem. I vor § 242; Welzel S. 282; RG 40,187; 50,46; 54,282; 71,286; 73,227; 74,167; OLG Hamburg MDR 1947,35; BGH 10,401
 - (3) Vgl. v.Liszt-Schmidt S. 620. Diese halten den Gewahrsamsinhaber nicht deshalb für den alleinigen Verletzten, weil sie lediglich im Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB sehen (Rechtsgut des § 242 StGB ist auch nach ihnen entsprechend der herrschenden Meinung sowohl Eigentum wie Gewahrsam; vgl. oben S. 11 Fußnote 1), sondern deshalb, weil Verletzter im technischen Sinne des Wortes nur der Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes, mithin der Gewahrsamsinhaber sei. Mit v.Liszt-Schmidt stimmt überein v.Rathenau, Die Stellung des Begriffes "fortgesetztes Verbrechen" in GS 56,151
 - (4) Im Ergebnis ebenso: v.Ruhstrat, GS 24,146,147

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist in der neueren Zeit (1) erkannt worden, daß der Weg, der vom Gewahrsam als einem Rechtsgut des § 242 StGB ausgeht, zu keiner befriedigenden Lösung führt. Nur so ist nämlich die Entscheidung des Bundesgerichtshofes (2) zu verstehen, nach der der sog. untergeordnete Mitgewahrsam (3) einer Hausangestellten dem Antragserfordernis des § 247 I StGB nicht entgegensteht, wenn der Eigentümer ein Angehöriger des Täters ist. Der Bundesgerichtshof gelangt so wenigstens trotz Unrichtigkeit seiner Grundauffassung zu dem richtigen Ergebnis; es bleibt jedoch unverständlich, warum nicht eine Revidierung des Ausgangspunktes erfolgt, nach dem auch der Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB sein soll. Diese Auffassung ist nicht nur aus grundsätzlichen Erwägungen heraus unhaltbar - wie im ersten Teil dieser Arbeit dargestellt wurde -, sondern es ist auch im Hinblick auf die erzielten Ergebnisse keine praktische Notwendigkeit ersichtlich, den Gewahrsam als ein Rechtsgut zu behandeln.

Im Rahmen des § 247 II StGB kommt ebenfalls nur der Verwandte absteigender Linie bzw. der Ehegatte, der Eigentümer der gestohlenen Sache ist, als der durch den Diebstahl Verletzte in Betracht; eine dritte Person, die die Sache zur Zeit der Tat im Gewahrsam hat, scheidet als Verletzter aus. Dem mit der Vorschrift des § 247 II StGB geschaffenen persönlichen Strafausschließungsgrund liegt die Erwägung zugrunde, daß sich die Strafjustiz des Eingriffes in engste Familienverhältnisse zu enthalten hat, soweit schutzwürdige Interessen Dritter durch die Tat nicht betroffen sind. Werden daher außenstehende Personen durch den Diebstahl in einem Rechtsgut nicht beeinträchtigt - und das ist beim Gewahrsamsinhaber der Fall -, so hat die Tat im Interesse des Familienfriedens auf sich zu beruhen.

(1) BGH 10, 400

(2) a. a. O.

(3) Vgl. zu diesem Begriff die kritische Stellungnahme oben S. 47

Auch in den Fällen des Notdiebstahls und des sog. "Mundraubes" (§§ 248 a und 370 Ziff. 5 StGB) haben die gleichen Grundsätze zu gelten. Der gesetzgeberische Grund für die Privilegierung besteht hier nicht darin, daß die Staatsgewalt nicht von Amts wegen in ein enges persönliches Verhältnis zwischen mehreren Personen zugunsten einer Person eingreifen will, sondern darin, daß unter sozialen Gesichtspunkten bei in besonders mildem Licht erscheinenden Eigentumsangriffen dem Mitgefühl des Geschützten der Weg zum Durchbruch nicht abgeschnitten werden sollte.

- 3) Gemäß § 22 Ziff. 1-3 StPO ist ein Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt oder zu dem Verletzten in einer in dieser Vorschrift näher bezeichneten Beziehung steht. Nach § 31 I StPO gelten diese Vorschriften entsprechend für den Laienrichter. Sinn dieser Regelung ist, daß zum Schutze des Ansehens der Justiz jeder Schein eines Richtens in eigener Sache zu vermeiden ist. (1) Die Fälle, in denen der Anschein mangelnder Objektivität auf Seiten des Richters und damit eine Gefahr für das Ansehen der Rechtspflege bestehen kann, sind mannigfacher Art. Voreingenommenheit kann gegeben sein bei lediglich rein persönlicher Abneigung wie auch bei einem sachlichen Betroffensein des Richters infolge der strafbaren Handlung im weitesten Umfang. Die objektive Wahrheitsfindung mag zum Beispiel auch dann gefährdet sein, wenn dem Angeklagten vorgeworfen wird, er habe ein Gemälde, das der Richter gekauft aber noch nicht übereignet erhalten hatte, gestohlen. Den Richter deshalb als den Verletzten im Sinne des § 22 StPO anzusehen, würde bedeuten, daß man den Kreis der kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter einer übermäßigen Ausuferung überantworten würde. Für eine geordnete Strafrechtspflege ist es nicht zuträglich, wenn die Ausschließung überall dort durchgreifen würde, wo der Richter nur entfernt durch die Handlung berührt wird. Wenn das Gesetz daher

(1) Eb. Schmidt Erl. 5 und 6 zu § 22

in § 22 StPO nur den Verletzten ausschließt, so kann damit nicht jeder in weiterem Umfang Betroffene gemeint sein. Die Folge der gesetzlichen Ausschließung des Richters auch gegen den Willen des Angeklagten muß dem Fall vorbehalten bleiben, in dem der Angriff auf den rechtlich geschützten Bereich des Richters geführt worden ist.

Verletzter im Sinne des § 22 StPO ist daher nur der Träger des Rechtsgutes der Vorschrift, die der Täter verwirklicht hat. (1) Für darüber hinausgehende Fälle, in denen eine Gefährdung des Ansehens der Rechtspflege zu besorgen ist, ist die Möglichkeit der Ablehnung gemäß § 24 StPO gegeben. Hat der Angeklagte die gestohlene Sache aus dem Gewahrsam des Richters entwendet, ohne daß diesem zugleich eine Berechtigung hinsichtlich der Sache zusteht, so ist der Richter nicht kraft Gesetzes vom Richteramt ausgeschlossen, es kommt vielmehr nur seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit in Betracht.

- 4) Nach Ermessen des Gerichts kann gemäß § 61 Ziff. 2 StPO von der Vereidigung des verletzten Zeugen abgesehen werden. Hinsichtlich der Bestimmung des Verletztenbegriffes werden auch hier abweichende Meinungen vertreten. Für eine zivilrechtliche Auslegung setzen sich Kleinknecht-Müller ein. (2) Verletzter im Sinne des § 61 Ziff. 2 StPO soll danach jeder sein, der gegen den Täter einen Anspruch gemäß den §§ 823 und 826 BGB hat. Eine weitgehende Ausdehnung des Verletztenbegriffes wird in diesem Zusammenhang auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vorgenommen. (3) Nach ihr soll jeder irgendwie geartete Nachteil, der auf der strafbaren Handlung beruht, zur Begründung der Verletzeneigenschaft im Sinne des

(1) Ebenso Löwe-Rosenberg Anm. I 1 c zu § 22; Schwarze § 22 Anm. 2; Bennecke-Beling S. 56; RG 23,361; 24,442; 25,179; 37,414; 69,127

(2) § 61 4 a

(3) BGH 4,202; 5,85; ebenso Kleinknecht in Schwarz-Kleinknecht § 61 5 A

§ 61 Ziff. 2 StPO führen. Die Auffassung wird damit begründet, daß bei einer jeglichen Beeinträchtigung als Folge der Tat die Gefahr der Voreingenommenheit des Zeugen bestehe; auch wolle das Gesetz die Grenze zwischen dem zu vereidigenden und nicht zu vereidigenden Zeugen nicht so scharf gezogen wissen, wie sich aus der Kann-Formulierung ergebe. Demgegenüber vertrat das Reichsgericht eine enge Auffassung. Danach sollte verletzt nur derjenige sein, gegen den sich die Tat als Träger des Rechtsgutes richte. (1).

In Übereinstimmung mit der zuletzt genannten Auffassung ist auch in § 61 StPO der Verletztenbegriff am Rechtsgut zu orientieren. Grundlage für die Ausnahmenvorschrift des § 61 StPO ist die vermutete Voreingenommenheit des Zeugen gegenüber dem Angeklagten, der einen Angriff auf die Güter des Zeugen ausgeführt hat. (2) Nun kann begreiflicherweise Voreingenommenheit des Zeugen auch in einem solchen Fall vorliegen, in dem der Zeuge durch die zur Aburteilung stehende Tat sachlich nicht betroffen wurde, sondern sich lediglich in seinen Empfindungen beeinträchtigt fühlt. Nach den Grundsätzen des Strafverfahrensrechtes wird jedoch von jedem Zeugen verlangt, daß er seine persönlichen Ressentiments gegenüber dem Angeklagten zugunsten einer wahrheitsgemäßen Aussage zurückstellt. Dies ergibt sich aus der grundsätzlich bestehenden Wahrheits- und Eidesleistungspflicht. Wenn das Gesetz hiervon gewisse Ausnahmen zuläßt, so sind diese durch enge und sichere Auslegungsmaßstäbe zu begrenzen. Mit einer Einbeziehung all derjenigen Personen in den Kreis der Verletzten, die in irgendeiner Form von den schädlichen Folgen der Tat betroffen werden, wären dessen Grenzen nicht mehr bestimmbar. Als verletzt im Sinne des § 61 StPO kann deshalb beim Diebstahl nur der Eigentümer, nicht auch der Gewahrsamsinhaber angesehen werden.

- 5) Der Anzeigeerstatter, der zugleich der Verletzte ist, hat nach § 172 StPO die Möglichkeit, die Klage zu erzwingen. Auch im

(1) RG 69, 107, 127; 70, 145, 150; ebenfalls Erbs § 61 II

(2) BGH 5, 85

Rahmen dieser Vorschrift ist die Frage, wer als der Verletzte zu bezeichnen ist, sehr umstritten.

Nach der überwiegend vertretenen Auffassung ist der Verletztenbegriff in § 172 StPO weit zu fassen. (1) Auf seine scharfe Umgrenzung soll zugunsten einer allumfassenden Formel verzichtet werden. (2) Die Begründungen, die für diese weite Auffassung gegeben werden, sind verschiedener Art. Eb. Schmidt (3) sieht den Sinn des § 172 StPO darin, daß dadurch das Legalitätsprinzip zugunsten dessen sichergestellt werden soll, bei dem vom Standpunkt vernünftiger Lebenserfahrung aus mit einem nicht nur begreiflichen, sondern auch rechtsethisch zu billigenden Vergeltungsbedürfnis dergestalt zu rechnen sei, daß er die Nichtdurchführung des Strafverfahrens als eine Beeinträchtigung dessen empfinden dürfe, was er als Staatsbürger von einer gehörigen Erfüllung der Justizgewährungspflicht erwarten dürfe. Ein solches rechtlich beachtliches Vergeltungsbedürfnis bestehe nicht nur bei demjenigen, der der Träger des Rechtsgutes des verwirklichten Tatbestandes sei. Gerland (4) sieht den Sinn des § 172 StPO in der Sicherung des Bürgers vor staatlicher Willkür; diese Aufgabe des § 172 StPO erfordere eine weite Auslegung des Verletztenbegriffes. Enger, jedoch nicht unter Beschränkung auf den Träger des Rechtsgutes des verwirklichten Tatbestandes wird der Verletztenbegriff von Henkel (5) aufgefaßt, der nicht jeden, auf den sich die tatsächlichen Folgen der Tat auswirken, auch als den Verletzten ansehen will.

Auf den Träger des Rechtsgutes beschränken den Verletztenbegriff Erbs (6), Bennecke-Beling (7), das OLG Stuttgart (8)

(1) Vgl. etwa Löwe-Rosenberg § 172 Anm. 7 b; Gerland, Strafprozeß S. 166; Dohna S. 143; Eb. Schmidt § 171 Erl. 12; Peters S. 426; Kleinknecht-Müller § 172 4

(2) Prühß, Das verletzte Schutzobjekt S. 62

(3) § 171 Erl. 10

(4) S. 166

(5) S. 99

(6) § 172 II

(7) S. 484

(8) Beschluß vom 3.11.1950 in NJW 1951,42

und das OLG Hamburg. (1) Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Derjenige, dessen vom Strafrecht gewährleisteten Güter angegriffen werden, braucht sich grundsätzlich um den Ausspruch der für die Gutsverletzung angedrohten Sanktion nicht selbst zu bemühen. Da auch die Allgemeinheit an der Verwirklichung des gewährten Strafrechtsschutzes Anteil nimmt, hat im Strafprozeß im Gegensatz zum Zivilprozeß der Satz "Wo kein Kläger, da kein Richter" keine Geltung; vielmehr übernimmt es die Staatsanwaltschaft als staatliches Organ, auch den dem einzelnen gewährten Schutz zu realisieren. Kommt die Staatsanwaltschaft dieser ihr übertragenen Pflicht nicht nach, so soll nach dem Sinn des § 172 StPO der einzelne dem Schutz seiner vom Strafrecht garantierten Güter selbst zum Durchbruch verhelfen können. Aus dieser Betrachtung ergibt sich, daß nur der Träger des Rechtsgutes des verwirklichten Tatbestandes als Verletzter angesehen werden kann. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung auch aus der Überlegung heraus, daß nur durch sie eine Abgrenzung überhaupt ermöglicht wird. Gibt man das Rechtsgut als Abgrenzungskriterium auf, so führt man damit im Ergebnis die nach dem Willen des Gesetzes unzulässige Popularerzwingungsklage ein, da im weiteren Sinne nahezu jeder Bürger als durch eine strafbare Handlung berührt angesehen werden kann. Nach allem steht dem Gewahrsamsinhaber als solchem die Befugnis zur Klageerzwingung nicht zu. Er hat daher auch nicht die Möglichkeit, sich als Nebenkläger gemäß § 395 II Ziff. 2 StPO dem Verfahren anzuschließen. (2)

- 6) Neben bestimmten anderen Personen ist gemäß § 48 II JGG im nichtöffentlichen Jugendstrafverfahren dem Verletzten die Anwesenheit in der Hauptverhandlung gestattet. Als solchen kann man auch hier nur den ansehen, der durch die Tat in einem Rechtsgut betroffen ist. Wollte man den Kreis der Verletzten darüber hinaus erweitern, so wäre mangels eines sach-

(1) Beschluß vom 30.12.1948 in MDR 1949, 241

(2) a.A.: Löwe-Rosenberg § 172 Anm. 8 f; Eb. Schmidt § 171 Erl. 18

gerechten Maßstabes eine zuverlässige Abgrenzung nicht mehr möglich. Damit wäre die Gefahr verbunden, daß der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit und somit der im Jugendstrafverfahren im Vordergrund stehende Erziehungsgedanke weitgehend ausgehöhlt würde. Der Gewahrsamsinhaber als solcher kann danach beim Diebstahl nicht als Verletzter im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden.

- 7) Es hat sich gezeigt, daß in den bisher untersuchten Vorschriften die Auslegung des Begriffes des Verletzten unter Zuhilfenahme des Rechtsgutsbegriffes zu erfolgen hat. Daß zum Teil jedoch auch eine andere Bestimmung des Verletzten geboten sein kann, zeigen die nachfolgenden Ausführungen. Gemäß § 403 StPO kann der Verletzte im Strafverfahren gegen den Angeklagten den aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch geltend machen. Sinn der §§ 403ff StPO ist es, dem Geschädigten und seinen Erben die Möglichkeit zu geben, den aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch statt vor dem Zivilgericht gleich im Strafprozeß geltend machen zu können. Infolgedessen ist als verletzt im Sinne des § 403 StPO jeder anzusehen, der gegen den Beschuldigten einen zivilrechtlichen Anspruch aus der Straftat hat. Eines Rückgriffs auf den Begriff des Rechtsgutes bedarf es zur Bestimmung des Verletzten deshalb hier nicht.

Ob beim Diebstahl der Gewahrsamsinhaber als Verletzter im Sinne von § 403 StPO angesehen werden muß, ist deshalb nicht von der Frage abhängig, ob der Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB ist, sondern davon, ob dem Gewahrsam als solchem zivilrechtlicher Schutz verliehen ist. Das ist indes nicht der Fall. Verletzt im Sinne des § 403 StPO, d.h. schadensersatzberechtigt ist nur der Gewahrsamsinhaber, der zugleich auch zivilrechtlichen Besitz hat, da nach herrschender Meinung die deliktische Verletzung des Besitzes als einem sonstigen Recht im Sinne des § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

- 8) Gemäß § 111 StPO sind die durch eine strafbare Handlung entzogenen Gegenstände, die zum Zwecke der Ermittlungen beschlagnahmt worden sind, dem Verletzten nach Beendigung der Untersuchung oder geeignetenfalls schon vorher zurückzugeben. Nach dieser Vorschrift sollen die Rechte, in die der Staat durch die Beschlagnahme eingegriffen hat, nach Wegfall des Grundes der Beschlagnahme wieder hergestellt werden. (1) Daraus folgt, daß Verletzter im Sinne der Vorschrift und Herausgabeanspruchsberechtigter nur der sein kann, der private Rechte an der Sache hat. Der Verletztenbegriff ist daher wie in § 403 StPO zivilrechtlich zu bestimmen. Es ergibt sich danach, daß auch hier der bloße Gewahrsamsinhaber als solcher, bei dem der Gegenstand beschlagnahmt wurde, nicht als Verletzter im Sinne des § 111 StPO angesehen werden kann. (2)

(1) Ledschbor, Die Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände S. 20
(2) Im Ergebnis ebenso: Dreyfus, Die Rückgabe der in staatlicher Verwahrung befindlichen Gegenstände an den Verletzten S. 71

Lebenslauf

Ich wurde am 11. April 1937 als Sohn des selbständigen Kaufmannes Peter Ostheimer und seiner Ehefrau Maria, geborene Mühl, in Frankfurt am Main geboren. Nach Ablegung der Reifeprüfung an der Karl Schurz-Schule, Gymnasium für Jungen in Frankfurt am Main, am 4. März 1958 wandte ich mich dem Studium der Rechte an der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main zu. Meine akademischen Lehrer waren die Herren Professoren Böhm, Claß, Coing, Dilcher, Erler, Hein, Isele, Jaenicke, Jauernig, Ekkehard Kaufmann, Kronstein, Lüke, Mallmann, Müller-Freienfels, Preiser, Ridder, Schiedermaier, Schlochauer, Spindel und Steindorff. Am 22. November 1962 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung. Seit dem 28. Februar 1963 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Hessen. Seit dem 14. Dezember 1962 bin ich mit Gisela, geborene Burkard, verheiratet.

